

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر

كلّية العلوم الإسلامية

- - - - - - - -

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية

تخصص شريعة وقانون

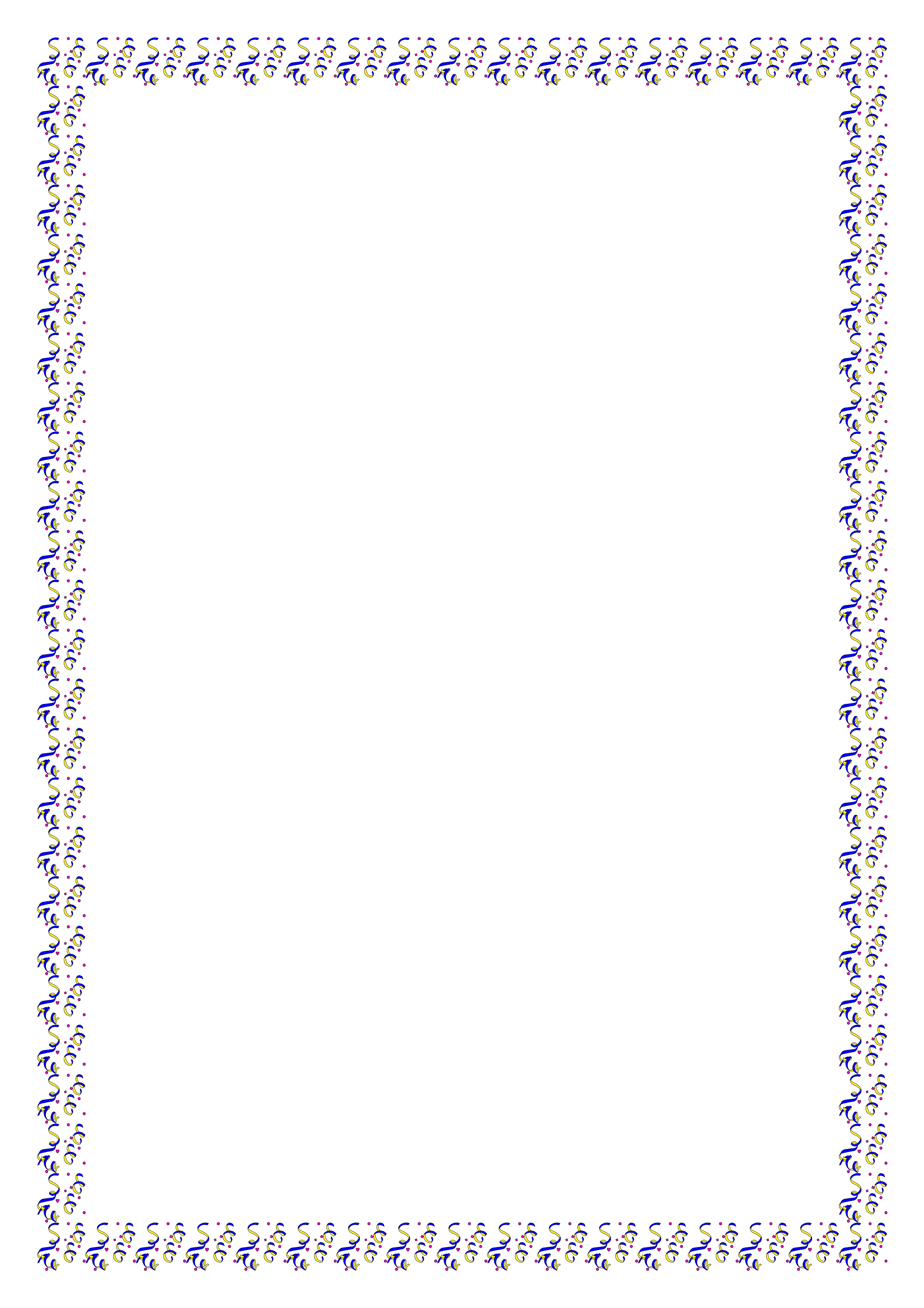
إعداد الطالب :

خليفة سنوسي حاج

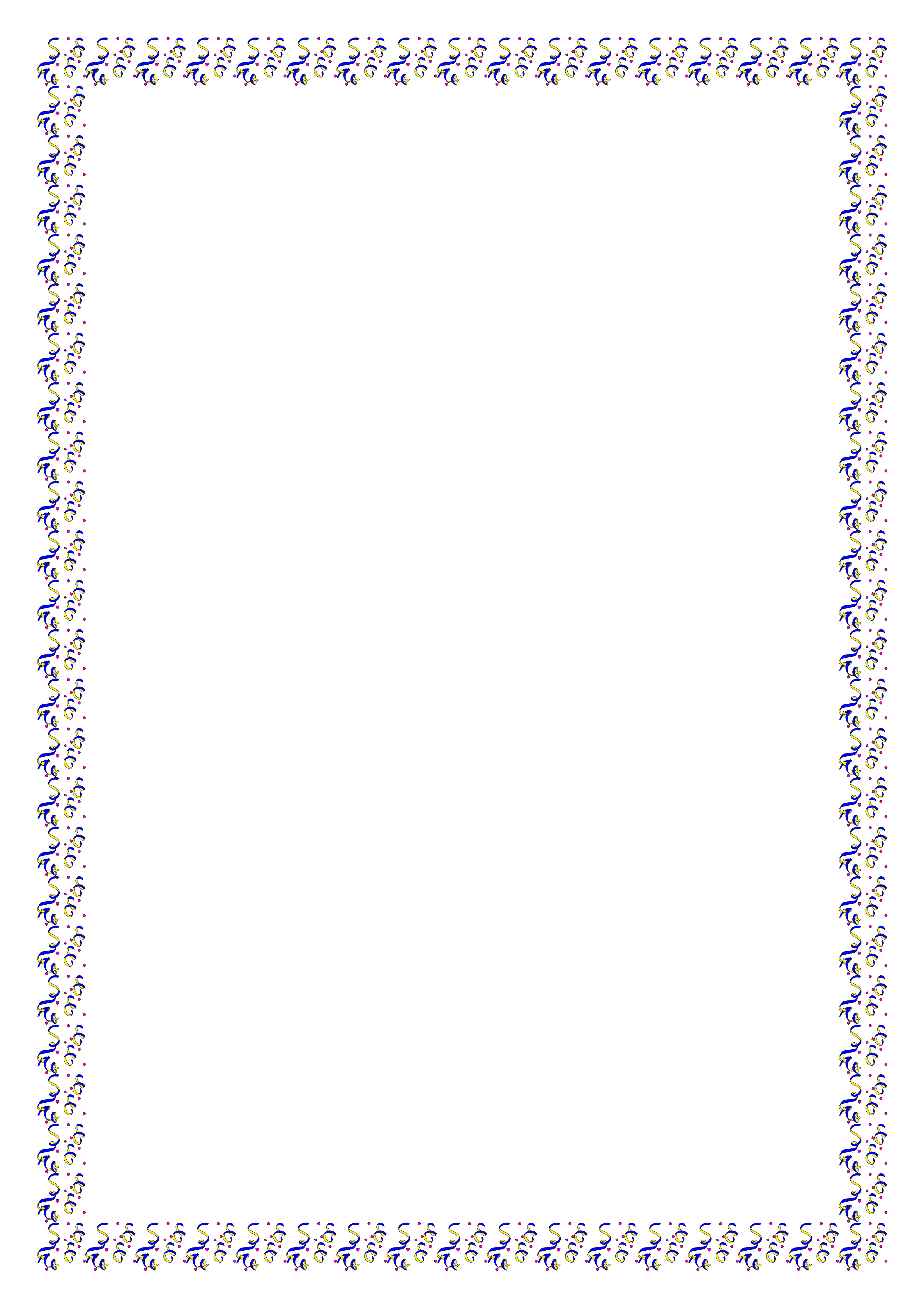
إشراف الدكتور:

علي عزوز

1426هـ - 2005 م



بــسم الــلّـه
الــرّحمن
الــرحيـم



الإهـــــــــداء

إلى:

- روح والدي الكريم، طيّب اللّه ثراه وأسكنه جنات النعيم.

- والدتي الكريمة، منبع الحنان والتسامح والتضحية والصبر والثبات.

والتي كانت دعواهما النور الذي أستبين وأهتدي به.

فرحم اللّه والدي، وصان وراع والدتي.

أهدى هذا النتاج العلمي

ابنكما البّار

إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء، وكافة أفراد العائلة.

إلى السيد رئيس المجموعة البرلمانية ، الدكتور عبد الحق بومشرة، نيابة عن أعضائها

و إلى الدكتور عبد الرزاق مقري، و إلى كافة زملائي ، عزوز زروق، وأمجدل بلقاسم،

وليلى بوبنيدر، ورشيدة بن يوب، وجديد هاشمي، وطيبي خليل، وبركاتي مختار،

مراد دريش، وقندوز ياسين، وبورحلة مسعود ، وربيع عطية، وزوانتي بلحسن، والنذير شوقي، وإلى زهير بوهراوة

كلمة شكر وتقدير

لقد أنّعـم اللّه علي كثيرا؛ إذ هيأ لي إنجـــاز هذا البحث بإشراف الأستاذ الفاضـــل الدكـتور : علــــــي عزوز، فأشكره على العـــناية التي أولاني إياها، كـــما أشكره على التوجيهات والتصويبات والملاحظات التي قدّمها لي لتذليل كل الصعوبات التي لاقيتها في البحث ، و بصمات توجيهـــاته الســــديدة على الرســـالة ظاهرة جـــلية،

فجزاه اللّه عني خير الجزاء.

الفصل الأول: مدخل تمهيدي عام

تمهيد:

في هذا الفصل سأتطرق إلى تعريف المصطلحات الواردة في عنوان المذكرة، كمصطلح الفقه، و القانون المدني، ثمّ مصطلح الفضالة في المبحث الأول.

و أتناول في المبحث الثاني التفرقة بين الفضالة وغيرها من النظم المشا ة لها، كالوكالة، والإثراء بلا سبب، وكذا الكفالة، مبينا أوجه الاتحاد، والتضاد بين كل منهما.

كما أتناول في المبحث الثالث، تطور نظام الفضالة في القوانين الغربية، وكذا التقنينات العربية، ثمّ موقف الشريعة الإسلامية منها.

لذا أقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول: شرح المصطلحات الواردة في عنوان المذكرة.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للفضالة.

المبحث الثالث: التفرقة بين الفضالة وغيرها من المصطلحات أو الأنظمة المشا ة لهـا مثل الوكالة والإثراء بلا سبب والكفالة.

المبحث الأول: شرح مصطلحات عنوان المذكرة

أتناول في هذا المبحث، تعريف مصطلح الفقه، ثم القانون المدني ، ثم مصطلح الفضالة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ثم أعقد مقارنة بينهما، لذلك قسمت هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول: في مفهوم الفقه.

المطلب الثاني: في تعريف القانون المدني.

المطلب الثالث: في تعريف الفضالة.

المطلب الأول: مفهوم الفقه.

الفرع الأول: الفقه في اللغة.

الفقه لغة: الفهم،[1] تقول من فقه الرجل بالكسر، وفلان لا يفقه و لا ينقه أي لا يفهم، و يأتي بمعنى العلم بالشيء، و الفهم له.[2]

فالفقه هو الفهم لما ظهر، أو خفي قولا كان، أو غير قول، و من دلك قوله تعـالى: **قَالُوا يا شعيب ما نفْقَه كَثِيراً مِما تقُولُ وإِنا لَنراك فِينا ضعِيفاً ولَولا رهطُك لَرجمناك ومـا أَنت علَينا بِعزِيزٍ** ،[3] و قوله صلى الله عليه و سلم: « من يرد الله به خيرا يفقه في الدين».4 وقوله تعالى : **نصرف الآيات لعلهم يفقهون** ،[5] ،وقوله تعالى كذلك : **تـسبح لَـه السماوات السبع والْأَرض ومن فِيهِن وإِنْ مِن شيءٍ إِلا يسبح بِحمدِهِ ولَكِـن لا تفْقَهـونَ تسبِيحهم إِنه كَانَ حلِيماً غَفُوراً** .[6]

الفرع الثاني: الفقه في الاصطلاح

قبل التطرق إلى معنى الفقه في الاصطلاح، و أخذ التعريف الأنسب، يجدر بنا أن نعرج على معنى الفقه في الصدر الأول من التشريع الإسلامي، بحيث غلب استعماله في فهم أحكـام الدين جميعها، يعني: فهم كل ما شرع الله لعباده من الأحكام، سواء كانت متعلقة بالإيمان أو العقائد، و ما يتصل ا، أم كانت متعلقة بأحكام الفروض، و الحدود، و الأوامر، والنواهي،

---

[1]. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي متوفى 666، هـ مختار الصحاح، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، إشراف محمد نعيم العرق سوسي مؤسسة الرسالة، ط:6، دار الجيل، بيروت، ص 509.

2 .فيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، الشيرازي (817هـ) القاموس المحيط، ص125.

3 . سورة هود. الآية ،91 .

4 .أخرجه البخاري، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، ط3، دار ابن كثير بيروت 1987، ج1 ص37 حديث رقم 67 (باب العلم قبل القول و العمل). و أخرجه مسلم، في صحيحه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، حديث رقم 137ج1 ص718.

5 . سورة الأنعام، الآية 66.

6 . سورة الإسراء، الآية 44.

و التحيز، و الوضع، فكان اسم الفقه في هذا العهد، متناولا لهذين النوعين على السواء، وكان مرادفا إذ ذاك لكلمات، (شريعة، و شرع، و شرعة، ودين)،[1] والتي كان يفهم من كل واحد منهما النوعان جميعا.

وكما يطلق على فهم جميع هذه الأحكام- الأحكام وما نفسها - ومن ذلك، قولـه صلى الله عليه و سلم: (رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه، ورب حامل فقه ليس بفقيه).[2]

و يرشدنا إلى هذا، ما نقل عن الإمام أبي حنيفة.[3] من أنّ الفقه هو:"معرفة النفس مالها وما عليها ".

وما هذه المعرفة، إلا معرفة أحكام الله بنوعيها، كما أنه سمي كتابـه في العقائـد، "بالفقه الأكبر".

1 . الشريعة معناها، مورد الناس للاستقاء، ومعناها الطريقة، وهي: جملة الأحكام التي شرعها الله لعباده.

و الشرع: هو ما نزل به الوحي على رسول الله صلى الله عليه و سلم، من الأحكـام، في الكتـاب و السنة، مما يتعلق بالعقائد، والواجبات، و أفعال المكلفين، و قطعا كان أو ظنا، و معناه كان في معنى الفقـه قديما.

2 .محمد بن حبان، صحيح بن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسـالة بـيروت، 1993م، ج1 ص270. و في رواية للحاكم، في المستدرك على الصحيحين: " ورب حامل فقه لا فقـه لـه"، تحقيـق مصطفى عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت 1990، ج1 ص162 حديث رقم294، قـال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين لم يخرجاه.

3 . هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطة التميمي الكوفي، لد سـنة 80 للـهجرة في حيـاة صـغار الصحابة، وتوفي سنة 150للهجرة، وعاش 70 سنة، انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيـق: شـعيب الأرنؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، ط9 مؤسسة الرسالة، بيروت 1413هـ ، ج6 ص390.

ولم يكتب الاستمرار لهذا المعنى، حيث تغير هذا الاستعمال، ودخل التخصيص على اسم الفقه، و نشأ اصطلاح للأصوليين،[1] و اصطلاح للفقهاء.

وقد جاء في المستصفى، [2] الفقه هو: "عبارة عن العلم، و الفهم في اصل الوضع، يقال: "فلان يفقه الخير و الشر، أي: يعلمه، ويفقهه، لكن صار بعرف العلماء عبارة عن: "العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة كالوجوب، و الحظر، و الإباحة، و الندب، و الكراهة، وكون العقد صحيحا، و فاسدا، وباطلا، وكون العبادة قضاء، وأداء، وأمثاله...".

و جاء في المقدمة أنّ الفقه هو:"معرفة أحكام الله تعالى، في أفعال المكلفين، بالوجوب، والحظر، والندب، والكراهة، و الإباحة، و هي متلقاة من الكتاب ، والسنة، و ما نصبه الشارع لمعرفتها، من الأدلة، فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة، قيل لها فقه ".[3]

---

1 . قد خاض الأصوليون، وبخاصة المتأخرين منهم، في بيان معنى الفقه الوضعي في مصطلحهم، وكانت لهم في ذلك تعريفات، واعتراضات، ومناقشات، وخلاصة ذلك أن لهم ثلاثة طرائق:

ا- فالطريقة التي جرى عليها جمهورهم ،أي: أن الفقه معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد، وكما قال الشيرازي في اللّمع : " وهو بعينه ما عرف به غيره الفقه من أنه : "العلم بالأحكام الشرعية العملية، بالاستدلال أو من طريق أدلتها التفصيلية". أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، 476، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ ، 1980 م، ج1، ص6

ب- الطريقة الثانية: هي ما انتزعه صدر الشريعة مما جاء، في أصول البزدوي، بشيء من التصرف، فقد جاء في التنقيح: "العلم بكل الأحكام الشرعية العملية التي ظهر نزول الوحي ا، والتي انعقد الإجماع عليها، من أدلتها مع ملكة الاستنباط الصحيح منها ".

ج- والطريقة الثالثة: هي التي جري علها الكمال بن الهمام، في التحرير ولا تعرف لغيره، وهي لا تختلف عن الطريقة السابقة، إلا في بعض أمور أهمها، ما يرجع إلى المراد بالأحكام الشرعية، فقد ذهب إلى أ ا القطعية، لا الظنية، وأن الظن ليس من الفقه.

2 . أبو حامد الغزالي، المستصفى، تحقيق محمد عبد السلام الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413 هـ ، ج1، ص5.

3. عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، عبد الرحمان، كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر وأيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر، المعروف بالمقدمة، دار الجبل، بيروت، ج1، الفصل السابع، ص 493.

وقد شاع تعريف الفقه بأنه:"العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ".[1]

الفرع الثالث: شرح محترزات التعريف:

العلم: هنا المقصود به، مطلق الإدراك الذي يشمل التصور، و التصديق، إلا أن التصور في المعنى الدقيق، يختلف عن التصديق.

فالتصور: " هو إدراك الشيء، بوجه ما من غير أن يحكم عليه بشيء".

و التصديق إدراك الشيء، مع الحكم عليه يقينا".[2]

الأحكام:كل ما يصدره الشارع للناس من أوامر، و نظم عملية تنظم حيا م الاجتماعيـة، و علاقتهم بعضهم ببعض فيها، و تحدد نتائج أعمالهم وتصرفا م.

فوصف العلم بالأحكام، يستبعد ما عداه من العلم بالإحكام التي مصدرها العقـل أو الحس، أو التجربة، كالعلم بشروق الشمس و مغر ا، فإدراك هذه الأمور ليس فقها لأن الفقه، إنما يتعلق بالأحكام، مثل كون الغاصب ضامنا للمغصوب إذا هلك... الخ.[3]

الشرعية: المستفاد من أمر الشارع صراحة، أو دلالة، و التقييد بوصف.

العملية: يخرج من الفقه، الأحكام الشرعية الاعتقادية، كالعلم بوجـود الله، فـالعلم ـذه الأحكام، له عند المسلمين مجال خاص، هو علم الكلام، و الأحكام العملية بعـضها أفعـال الجوارح، كالعلم بوجوب الصلاة، و الصيام، و حرمة القتل، وبعضها من الأقـوال، كحرمـة القذف، والسب، و بعضها من أعمال القلوب، كحرمة الحقد، والنية في العبادات.

المكتسبة: يخرج من دائرة الفقه العلم الموحى به، كعلم جبريل عليه السلام، وعلم الرسول صلى الله عليه وسلم، فهدا علم مباشر من الله لا يكتسب بالاجتهاد، ولا يتم التوصل إليه إلا بالنظر في الأدلة.

---

1. الجر جاني، علي بن محمد، بن علي الجرجاني، 816هـ ، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العـربي، بيروت، ط1، 1405هـ ، التعريفات، ج1، ص216.
2. محمد كمال الدين، نظرية الفقه في الإسلام، المدخل المنهجي، المؤسسة الجامعية للدراسات، والنـشر، والتوزيع، 1998م، ص6.
3. مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الطبعة 1، 1998، دار القلم، ج1، ص65.

اكتسابه من الأدلة التفصيلية: والدليل التفصيلي هو الذي يدل على حكم خاص لواقعـة، أو حكم خاص لفعل بعينه بعيدا عن التجريد و العمومية، لأننا في مجال الوصول إلى تطبيق الـنص على واقعة مفردة و معززة.

فعلم المقلد الذي هو إدراك بغير نظر في الدليل، لا يعد فقها فكأنّ الفقه لا يكـون إلا حيث يكون ا تهد، و هذا القيد ينطبق على الفقه، بمعنى: العلم بالأحكام الشرعية.

أما الفقه بمعنى مجموع الأحكام ذا ا، فلا عمل لهذا القيد معه لأنّ الأحكـام ذا ـا لا توصف بالاجتهاد أو التقليد لأنّ الغرض أ ا جميعا أحكاما اجتهادية.[1]

التعريف المختار: ولعل ما جاء في المدخل الفقهي العام حول تعريف الفقه، هو التعريف الجامع المانع من أنّ الفقه له معنيان هما. [2]

أ. **المعنى الأول**: العلم بالأحكام الشرعية العملية مع أدلتها.

ب. **المعنى الثاني**: وكما أطلق على الأحكام الشرعية، أطلق أيضا بعد ذلك على تلك الأحكام نفسها، وهذا هو المراد في نحو قولك: درست الفقه الإسلامي، و هو المعنى الثاني للفقه، وعلى هذا يعرف الفقه بأنه: " مجموعة الأحكام العملية المشروعة في الإسلام وعلى تعلم مشروعيتها بطريق النص الصريح في القرآن، أو بيان الرسول صلى الله عليه و سلم و سـننه، أو بطريـق إجماع علماء المسلمين، أو استنباط الفقهاء ا تهدين سابقا و لاحقا، من دلائل نصوص القرآن، و السنة النبوية، و قواعد الشريعة و مقاصدها".

---

1 . محمد كمال الدين، مرجع سابق ص62.

2 . مصطفى احمد الزرقاء، مرجع سبق ذكره، ج1، ص56.

المطلب الثاني:القانون المدني

الفرع الأول: أصل كلمة القانون، ومعناها في اللغة

أ. **اصل كلمة القانون:** اختلفت الآراء حول أصل القانون. [1] فذهب رأي أول إلى القول بأنه ليس عربي الأصل، وأنه دخيل على العربية، وهو مستخرج من كلمة (kanon) اللاتينيـة،[2] والتي تعني المسطرة أو القاعدة، وقد اقتبس منها الفرنسيون كلمة (canon)ليطلقوها علـى قرارات ا امع الكنسية، ثمّ أخذها الإنجليـز عنـهم وأطلقوهـا بـدورهم علـى القـانون الكنسي(canon Law) وقد احتج على هذا الرأي بوجود تشابه صوتي بين اللفظين العربي واللاتيني. [3]

وذهب رأي ثان، إلى القول أيضا باستعراب اللفظ الأجنبي، لكنه أرجعه إلى الرومية أو الفارسية، [4] أو السريانية. [5]

وتوصل رأي ثالث إلى القول بأنّ اللفظ عربي الأصل، فأصل لفظ قانون من (قن) ويعني تتبع أخبار الشيء والإمعان في معرفته، وأما من حيث الشكل فهو من صيغة عربية علـى وزن فاعول، وهي تدل على الكمال وبذل الجهد، والقول بوجود تشابه صوتي بين اللفظين، العربي والأجنبي، ولا ينهض دليلا على استعراب اللفظ خاصته وأن تغيير حرف الكاف بالقاف، عند

---

1. حبيب إبراهيم الخليلي، مدخل العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، ديوان المطبعـات الجامعيـة، ط4 1993 ص1.

وانظر، صبحي المحمصاني. فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين ط1946/1 ص15.

2. صبحي المحمصاني، نفس المرجع، الهامش رقم 2، ص15.

3 .سمير عالية، علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1996م- 1416هـ. ص38.

4 . الزبيدي ، السيد محمد مرتضي الحسني (1205)، تاج العروس، من جواهر القاموس، تحقيـق علـي شريس ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، 1414، 1994، مج 9 ص 466 كلمة قـانون روميـة أو فارسية.

5. فيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سبق ذكره، كلمة قانون من السريانية، وهي كلمـة روميـة أو فارسية، ص 1226.

القائلين باستعراب اللفظ من (canon) إلى (canon) لم تكن ثمة حاجة إليه، لأنه بما لحقه من حروف ليس من الأصوات المنفور منها في اللغة العربية. [1]

وأرى أن الرأي الثالث أجدر بالترجيح لقوة حججه وكذا لعدم إدراج هذا اللفظ بين الكلمات المستعربة، فضلا على أنّ بعض الفقهاء المسلمين، قد استعملوا هذا اللفظ ليقصدوا منه، القواعد القانونية الملزمة.

ب. **معنى القانون** في **اللغة**

فالقانون هو مقياس كل شيء،[2] وكان الفلاسفة المسلمون يقصدون به القاعدة المطردة، أي: "التي تستمر وتستقر وفقا لنظام ثابت"، و بهذا المعنى يطلق القانون على النظم التي لها طابع الاستمرار والاستقرار في كافة المجالات، فيقال مثلا، في ميدان العلوم الطبيعية قانون الكون، ليقصد به نظام الكون المستقر والمتمثل خاصة في دوران الكواكب ومسيريها، وتعاقب الليل والنهار، وقانون الجاذبية الأرضية الذي يراد به القاعدة المستقرة بانجذاب الأجسام، وسقوطها إلى الأرض كلما ألقيت في الفضاء. [3]

والواقع أن لفظ القانون، ندر استعماله في الحياة القانونية لمعظم الدول العربية أثناء سيادة أحكام الشريعة الإسلامية، وكانت تستعمل مكانه كلمات الشرع، والشريعة، والحكم الشرعي، وأنه لم يكثر استعماله في هذه الدول إلا منذ منتصف القرن التاسع عشر، حيث أقدمت الدولة العثمانية على سن تشريعات وضعية، لا تتوافق مع أحكام الشرع الحنيف في ذات المسألة، فمثلا الربا محرم شرعا، ولكن الفائدة مباحة قانونا، [4] لذلك صدر ما قانون المرابحة العثماني لعام 1309هـ، 1787م، " ثمّ شاع استعمال اللفظ بعد استقلال الدول

---

1 . سمير عالية، نفس المرجع، ص32.

2 . فيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سبق ذكره، ص 1226.

ابن منضور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، الأطر يقي المتوفى (711هـ)، لسان العرب ، دار الجيل، بيروت ، دار لسان العرب، بيروت 1977، مج:7، ج3، ص 556.

3 . ادوار عيد، الوجيز في المدخل في علم القانون بيروت، 1978، ص5.

4 . صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع في الإسلام، سبق ذكره، ص17.

العربية، وإقدام سلطا ا على سن التشريعات، وإصدار التقنينات، وقد اقتصر معناه في البدء على النصوص المشرعة المدونة، ثم تعددت معانيه واتسع نطاق مدلوله برسوخ، وشيع استعماله ".[1]

وكلمة القانون استعملت لها أحيانا في الدول العربية مرادفات أخرى مثل المدونـة في المغرب، وا لة في تونس، والتقنين في مصر.[2]

ولفظ القانون يفيد النظام،[3] والمقصود به تكرار أمر معين على وتيرة واحـدة، بحيـث يعتبر خاضعا لنظام ثابت، و ذا المعنى أطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية.

والقانون، قد يستعمل للدلالة على المصدر الرسمي التشريعي للقاعدة التنظيمية، فيقـال قانون المحاماة، وقانون تنظيم الجامعات، وهو ذا المعنى يستخدم للدلالة على أنّ التـشريع، [4] هو المصدر الرسمي للقاعدة القانونية المعينة.[5]

وقد يطلق اصطلاح القانون، للدلالة على فرع معين من فروعه، فيقال: القانون المدني، وقانون العمل.

الفرع الثاني: في الاصطلاح القانوني:

أما في الاصطلاح، يطلق هذا الاستعمال ويراد به معنى عام، ومعنى خاص، فإذا كـان لفظ القانون يفيد لغة القاعدة المطردة، أو النظام المستمر والمستقر في كافة ا الات والعلوم، إلا

1 . عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون، والشريعة الإسلامية، دار النشر جامعة بغـداد 1972، ج1 ص36.

2 . صبحي المحمصاني ، فلسفة التشريع في الإسلام، المرجع نفسه، ص16.

3 . مرقس سليمان، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتب القانونية مصر المنـشورات القانونيـة، صـادر، بيروت، ط6، ج1، ص5.

4 .التشريع هو ذات القواعد القانونية المكتوبة والصادرة عن السلطة المختصة بالتشريع فيقـال التـشريع الضريبي أو تشريع الإيجار والسلطة المختصة بإصداره هي السلطة التشريعية.

5 . رمضان أبو السعود، همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية، 1997، ص70.

أنه في مجال العلوم الاجتماعية، وخصوصا الدراسات القانونية، له معنيين اصطلاحا، أحدهما عام، والآخر خاص:

أ. المعنى العام للقانون

هو النظام الذي تجرى وفقا له علاقات الأشخاص في المجتمع أو مجموعة القواعد التي تجعل هذه العلاقات تسير على وتيرة واحدة وطبقا لنظام ثابت.[1] أو بعبارة أخرى، مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الناس في المجتمع، ومن هذا المعنى العام أطلق لفظ القانون على العلم الذي يبحث في مجموعة تلك القواعد، فيقال: كلية القانون، وأساتذة القانون، ومجلة القانون.[2]

وهذا المعنى شابه لمعناه اللغوي، إذ يعني النظام الذي يجب على الأفراد أن يسيروا على مقتضاه في سلوكهم وعلاقاتهم، وهو الذي يجب أن يستفاد من لفظ القانون إذا أطلق.

ب. المعنى الخاص للقانون.[3]

هو كل قاعدة أو مجموعة من القواعد، تضعها السلطة التشريعية لتنظيم أمر معين فيقال بهذا المعنى قانون الشهر العقاري أو قانون العمل والمقصود به التشريع الصادر بتنظيم مسائل معينة.[4]

والقانون بالمعنى الضيق ينصرف فقط للتشريع المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية.[5]

---

1 .محمد حسن قاسم مبادئ القانون المدخل إلى القانون والالتزامات، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر 1997، ص10.

2. مرقس سليمان، المدخل للعلوم القانونية، سبق ذكره، ص65

3 . اللاتينية nex ، الفرنسية loi ، الإنجليزية Law act of parliament، المصطلح الأمريكي statue ، الألمانية gesetz .

4 . نفس المرجع السابق، ص65.

5 . توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية ص16.

الفرع الثالث: القانون المدني

أ. تعريف القانون المدني

وهو يأتي دائما على رأس القائمة باعتباره الشريعة العامة التي تحكم العلاقات الخاصة فيما بين الأفراد، ما لم يحكمها نص في فرع آخر من فروع القانون الخاص، تأسيسا على قاعدة - دائما الخاص يقيد العام - ومع ذلك فإن قاعدة القانون المدني تكون دائما واجبة التطبيق في المواد التجارية، مثلا إذا لم يوجد نص خاص ا في القانون التجاري، وينطبق ذلك على باقي فروع القانون الخاص.

والقانون المدني هو: " مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الفرد بأسرته، ويطلق عليها قواعد الأحوال الشخصية".

وتلك التي تنظم علاقات الفرد المالية، ويطلق عليها قواعد المعاملات، أو الأحوال العينية،[1] وفي معظم دول العالم يشتمل القانون المدني، على النصوص التي تحكم مجموعتين هامتين من العلاقات، وهي العلاقات الشخصية، والعلاقات المالية.

1. فالعلاقات الشخصية

ويطلق عليها الأحوال الشخصية، كمجموعة رئيسة تتضمن القواعد التي تنظم الأهلية وعوارضها، والروابط العائلية، كالبنوة، والزوجية، مثل المهر والطلاق والنفقة، (يعني أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات والقيام بالأعمال القانونية).

كما تتضمن أحكام الميراث، والوصية، وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

2. أما العلاقات المالية بين الأفراد - الأحوال العينية - فهي عادة شخصية، أو عينية.

فالحقوق الشخصية، يقصد ا الحقوق المالية التي تترتب لشخص معين، يسمى الدائن على شخص آخر، يسمى المدين، ويعبر عن حق الأول، بحق الدائنية، ويعبر عن حق الثاني، بحق المديونية أو بالالتزام، وهي قواعد تعنى بتعريف المال، وتحديد أنواعه والفوائد الخاصة بالالتزامات، والعقود المختلفة كالبيع والإيجار.

---

1 . حبيب إبراهيم الخليلي، مرجع سبق ذكره، ص165.

أما الحقوق العينية، فيقصد ا تلك العلاقات التي بمقتضاها تنشأ سلطة لشخص معـين، على شيء معين، بموجبها يكون له حق استعمال ذلك الشيء، أو استغلاله، أو التصرف فيـه، مثل حق الإيجار، وحق الانتفاع، وحق الملكية.

وفي التشريعات الأوروبية والغربية، جرى العمل على أن يشتمل التقـنين المـدني، أو القانون المدني عندهم، على ا موعتين الرئيستين معا.[1] أي: أنه يتضمن قواعد الأحوال المالية.

ولكن في الدول العربية، جرى العمل على أن يتضمن القانون المدني، أحكـام تنظـيم الأحوال المالية فقط، بينما يستقل قانون آخر بتنظيم الأحوال الشخصية، يطلق عليـه قـانون الأحوال الشخصية للمسلمين، أو قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين فيما يتعلق بتنظـيم علاقات الأسرة، التي تساير دائما قواعد الدين وأحكامه.[2]

وفي الجزائر، يستقل قانون الأحوال المدنية بجانب من أحكـام هـذه ا موعـة مـن العلاقات، مع مراعاة أنّ الميراث، والوصية، والتصرفات المضافة إلى ما بعد المـوت، تعتـبر في الدول الإسلامية من الأحوال الشخصية، عكس الدول الأوروبية التي لا تعتبره كذلك، وإنمـا تدخله ضمن الأحوال المالية.

ب. القانون المدني الجزائري

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري،[3] الذي صدر بالأمر رقم 75 - 58 في 26 سبتمبر 1975 وهو يشتمل على3001 مادة، موزعة على أربع كتب رئيسية، موزعة علـى النحـو التالي:

الكتاب الأول: خصص للأحكام العامة ويشمل تنازع القوانين بالنسبة إلى الزمـان والمكـان وكذلك الأشخاص الطبيعية، و الأشخاص الاعتبارية وغير ذلك.

1.إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقا ما في القوانين الجزائريـة، ديـوان المطبوعـات الجامعية، ط:1993ص 59.

2. المرجع نفسه، ص 25.

3. وقد يعبر عنه بالتقنين المدني أو المدونة المدنية.

الكتاب الثاني: خصص للالتزامات والعقود ويشمل تحديد مصادر الالتزام في القانون والعقـد وشروطه وأثاره والفعل الضار وأثره والمسؤولية عن فعل الغير وما إلى ذلك.

الكتاب الثالث: خصص للحقوق العينية الأصيلة مثل حق الملكية وما يتفرع عنه من حقوق.

الكتاب الرابع: خصص للحقوق العينية التبعية، مثل الانتفاع وكذا حق الرهن الرسمي وغيرها، و يتضح مما سبق، أنّ القانون المدني الجزائري يقتصر على تنظيم العلاقات المالية، أي: الأحوال العينية دون الأحوال الشخصية، التي ترك تنظيمها لقواعد الشريعة الإسلامية، باستثناء بعـض النصوص كتلك المتعلقة بالأهلية، مثال ذلك النص الخاص بتحديد سن الرشد، بتسعة عـشرة عاما،[1] والنصوص الأخرى التي تحدد حالات فقد، ونقص الأهلية.[2]

ويتفق القانون المدني الجزائري في ذلك، مع الاتجاه السائد في البلاد العربية، وهو اتجـاه يغاير اتجاه الدول الأوربية في هذا الصدد، حيث ينظم القانون المدني فيها العلاقـات الماليـة، وعلاقات الأحوال الشخصية، ويرجع ذلك إلى عدم اعتبار الدين في الغرب، مـصدرا رسميـا للقانون.

ج. قانون الأحوال المدنية الجزائرية:

صدر بالأمر رقم 2 في 19 فيفري 1974 ونشر بالجريدة الرسمية بالعدد رقم 24 وهو يتكون من 224 مادة موزعة كذلك على أربع كتب رئيسية.[3]

الكتاب الأول: وتضمن أحكام عقد الزواج والخطبة والطلاق.

الكتاب الثاني: تضمن أشكال النيابة عن فاقدي الأهلية وناقصها .

الكتاب الثالث: تضمن قواعد الميراث من حيث أصحابه وأنصبتهم.

الكتاب الرابع: تضمن قواعد التبرعات وأحكام الوصية والهبة والوقف.

---

1 . المادة 4. من القانون المدني الجزائري. وزارة العدل ص3.

2 . المادة 42 من القانون المدني الجزائري. وزارة العدل ص9.

3 . إسحاق إبراهيم منصور، سبق ذكره، ص 60.

المطلب الثالث: تعريف الفضالة.

لم يضع الفقه الإسلامي نظرية عامة للفضالة، وإنما تكلم عن تصرفات الفضولي، لـذا يلزمنا أولا، أن نحدد معنى الفضولي، كي نستنبط العناصر المكونة للفضالة، ثم نتعرض لها.

الفرع الأول: الفضولي في اللغة.

الفُضُولي لغة، من فضل، زاد: والفضل الزيادة، وجمعه فضول، وقد استعمل المفرد فيما لا خير فيه، ولذا نسب إليه على لفظه فقيل فضولي، هو المشتغل بما لا يعنيه،[1] والفضولي مـن الرجال المشتغل بالفضول أي: الأمور التي لا تعنيه، والفضول ما لا فائدة فيه لانـشغال المـرء وتدخله فيما لا يعنيه.[2]

والفضول، جمع فضل، ويستعمل استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا نـسب علـى الجمع فيقال فضولي. [3]

والفضول لغة، جمع فضل، الفاء، والضاد، واللاّم أصل صحيح، ويرجع في أصل اشتقاقه إلى الفضل، والتفضل، ومن يتولاه يدعى فضوليا. [4]

والفضولي، بضم الفاء لا غير، والفضل هو الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه، وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضوليا، أو الذي يتدخل فيما لا يعنيه.

والفضولي، نسبة إلى الفضول، وقد كان الواجب قياسا أن يقال " فضلي " لأنّ " ياء" النسبة لا تدخل على الجمع، ولكن استعملت هذه الكلمة كعلم، ومفرد بطريق الغلبـة، مثـل قولهم الأنصاري، والأعرابي، [5] وأشتق منه فضالة، لانشغال المرء بما ليس له.

---

1 . فيروز أبادي، القاموس المحيط، مرجع سبق ذكره، ج1 ص 1043.

2 .إبراهيم أنيس عطية الصولحي، د. عبد الحليم المنتصر محمد خلف الله احمد المعجم الوسيط ج2 ص693

3 . أحمد رضا معجم متن اللغة مادة فضالة منشورات دار مكتبة الحيل بيروت مج4 ص423.

4 . أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا متوفى 395هـ، مقاييس اللغة، ت عبد السلام محمد هارون، مادة فضل، دار الجيل بيروت ط1، 1411 هـ، 1991م، مج 4 ص508.

5 . انظر الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي(770هـ) المصباح المنير، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط 2، 1418 هـ، 1997 م، ج2 ص57.

الفرع الثاني: الفضولي في الاصطلاح

لم يتفق الفقهاء على تحديد معنى للفضولي، ولكنهم يدورون في الغالب حـول المعـنى اللغوي، وأما الفضولي في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية كما يلي:

أ. الحنفية

الفضولي هو الـذي:" غلب في الاشتغال بما لا يعنيه، وما لا ولاية له فيه"، [1] وكـذا هو: " من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي ". [2]

من خلال هذين التعريفين، نستنتج أنّ الفضولي هو من يقوم بالتدخل في غير ملكه، أو مباشرة التصرف فيما لا يملك بدون ولاية، ودون إذن شرعي فيه، قصد تأدية عمـل، يعـود بالفائدة على مالك المال.

كما يلاحظ كذلك، أنّ التعريفين جاءا مطلقين، وعامين، وغير محددين لنوع النشاط أو التصرف، هل هو من قبيل الأعمال المادية،[3] أو التصرفات القانونية. [4]

ب. المالكية:

---

2 .ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي المعروف بابن الهمام فتح القـدير دار الفكـر، بيروت، ط2، بدون سنة نشر، ج7 ص 51.

3 .ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم المصري، 970هـ ، البحر الرائق شرح ك الدقائق، دار المعرفة، بيروت.ج6 ص 160.

3. العمل المادي يراد به العمل الذي يصدر عن الشخص فيرتب عليه القانون أثرا، بغض النظر عـن إرادة من صدر عنه، أي أنه سواء اتجهت إرادة الشخص إلى إحداث الأثر، أم لم تتجه، فإنّ القانون وحده هـو الذي يرتب على العمل أثره، مثل حصد محصول خوفا من العاهة أو سائق سيارة يصطدم بجماعة فيعـوض عن الضرر الذي لحق الجماعة.

4 . التصرف القانوني: يعرف بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين أي أنّ الإرادة تعتـبر جـوهر التصرف فهي التي تنشئ هذا التصرف وهي التي تحدد آثاره مثل البيع والشراء.

وبذلك يتميز التصرف القانوني عن العمل المادي في أن هذا الأخير، إن وجدت فيه إرادة الإنسان، فإنّ القانون هو وحده هو الذي يحدد الآثار التي تترتب عليه، خلافا للتصرف القانوني وعليه نلاحـظ، أن إرادة الشخص هي التي تحدد آثاره.

عندهم الفضولي هو: " الشراء لأحد بغير إذنه، أو البيع عليه كذلك، فهو بيع الفضول".[1]

فالذي يبيع مال غيره، من دون إذن صاحبه، على أنه رضي به صاحب المال أمضي البيع، وإن لم يرض فسخ، فإنّ هذا البائع يعتبر فضوليا، وكذا شراء شيء لشخص بغير إذنه، على أن رضي به صح الشراء إلا إذا لم يرض لم يصح، وهذا البيع والشراء صحيح متى كان المتصرف أهلا للتصرف، وكان المحل قابلا للتصرف في ذاته، ولكنه لا يكون نافذا من حيث صدوره، بل موقوف على إجازة رب المال.

و ما يلاحظ على تعريف المالكية، أ م ساووا بين البيع والشراء، ولم يفرقوا بينهما، على أنه يتم الشراء أو البيع للغير، بدون وجود إذن، أو وكالة، من المالك لهذا المال.

كما أنهم قصروا تصرفات الفضولي في هذا التعريف على البيع والشراء - التصرفات القانونية، دون ذكر للأعمال المادية - بحيث إذا تحقق هذا صار فضوليا، في تصرفه وأصبح عقدا صحيحا موقوفا على إجازة المالك، وعليه فشراء الفضولي كبيعه دائما أضيف العقد إلى الغائب، أو أضيف إلى الفضولي.

وجاء في مواهب الجليل:" لم يذكر المصنف حكم شراء الفضولي، وحكمه كبيعه ".[2]

ج. الشافعية:

فالفضولي عندهم هو:"البائع مال غيره بغير إذنه، و لا ولاية".[3] وعلى تعريف الشافعية للفضولي من أنه الذي يبيع ملك، أو مال الغير بغير وجود إذن سابق، من المالك الأصلي للملك، ومن غير وجود ولاية، مما نتج عن ذلك عدم اعتبار هذا العقد صحيحا وقالوا هو عقد

1 . ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، الغرناطي، المتوفى 741 هـ، القوانين الفقهية، بدون ذكر للمعلومات، ج1، ص163.

2 . الحطاب، أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب، ت 954هـ، مواهب الجليل، شرح مختصر أبي الضياء، دار الفكر، بيروت، 1938، ط2، ج4، ص 272.

3. الشر بيني، فرح محمد الشر بيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاض المنهاج، دار الفكر العربي، بيروت، ج2، ص 15.

باطل لعدم وجود مسوغ يصوغ التدخل في ملك الغير، و أنّ تـصرف الفـضولي، مقـصورا عندهم على عقود المعاوضات فقط.[1]

د. الحنابلة:

الفضولي عندهم يطلق على: "التصرف للغير بدون إذن "،[2] فالذي يتصرف في ملـك الغير قصد القيام له بعمل، يعود عليه بالمصلحة و الفائدة، دون وجود إذن من صاحب الملـك فهو فضولي.

وعليه، فإنّ الحنابلة يذهبون مذهب الحنفية، في اعتبار عمل الفضولي تصرف مطلـق و عام، حيث يشمل الأعمال المادية، و التصرفات القانونية.

- المناقشة

يستخلص من التعريفات السابقة جميعها، أنها تتفق على اصل واحد، وهو المبدأ العـام الذي قررته الشريعة الإسلامية من أنه لا يجوز و لا يحق لامرئ، أن يتدخل أو يتصرف في ملك الغير، دون إذن في هذا الملك، ودون وجود ولاية فيه.

ولكنه استثناء من هذا المبدأ، قبلت الشريعة الإسلامية تـصرف الفـضولي في بعـض الحالات، سواء كانت أعمالا مادية، أو تصرفات قانونية.[3]

ومما ينبغي الإشارة إليه كذلك، هو الاختلاف الواضح بين الفقهاء في اسـتعمال هـذا اللفظ، فمرة نجدهم يستعملون لفظ الاشتغال والتصرف، كما عند الحنفية، و مرة يـستعملون الشراء و البيع، كما عند المالكية، ومرات أخرى يستعملونه و يقصرونه على البائع والبيع، كما عند الشافعية، أما الحنابلة فيستعملون لفظ التصرف.

و مما يلاحظ كذلك، عدم وجود تسمية معينة لهذا التصرف، وكما هـو معلـوم في كتب الفقه، وبعد التتبع والتصفح لها وجدت اختلافا في التسمية، فمرة نجد تصرف الفضولي، و مرة نجد عقد الفضولي، و مرة أخرى نجد بيع وشراء الفضولي.

---

1. مثل البيع والشراء والإجارة يعني التي تكون بعوض.

2. ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، متوفى سنة 790هـ ،القواعد في الفقه الإسلامي، طبعة دار المعرفة، بيروت، ص452.

3 . سبقت الإشارة إليها في ص 16، الهامش رقم 4،3.

ولقد تكلم الفقهاء عن الفضولي في معرض حديثهم عن شروط و أركان عقد البيــع، ذلك أنّ عقد البيع عندهم هو بمثابة القواعد العامة، التي يصح تعميمها لتشمل سائر العقود و التصرفات.

و عليه فالتعبير بالبيع و الشراء، من باب التعبير عن الجزء للدلالة على الكل، و تلحقها جميع العقود الأخرى.

- سبب الخلاف بين الفقهاء

تبين لي أن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تعريف الفضولي، انطلاقا من الأثر الذي ينتجه، فهو عقد صحيح موقوف على إجازة المالك، كما عند الحنفية، و المالكية ورواية عــن الحنابلة، و هو عقد باطل كما عند الشافعية، و قول عند الحنابلة.[1]

بعد كل هذا يمكن القول أنّ ظروف الحياة الصعبة والتعقيد، أملــت علــى الإنــسان تصرفات وأعمالا عليه القيام ا، ليجلب المنفعة العامة، ودرء المفسدة، فهي حتمية لا مفر منها، كالتصرف في أموال الغير على وجه عام تحقيقا للمنفعة، وجلبا للمصلحة، التي أقر ا الــشريعة الإسلامية، ولاشك أنّ هذا مقصدا من مقاصد الشريعة السمحاء، وانطلاقا من هذا الواقع الذي يفرض علينا البحث والتطلع عن تعريف أكثر دقة وتركيزا، وأكثر اتساعا وشمــولا، وأكثــر واقعية، وهذا ما نجده عند الفقهاء المعاصرين.

1 . وهذا سيأتي بيانه في حينه.

- تعريف الفقهاء المعاصرين:

فالفضولي هو " من يتصرف تصرفا شرعيا ليس له ولاية عليه، كمن يبيع ما لا يملك، من غير ولاية، أو وكالة، وكمن يشتري لغيره شيئا لم يوكله في شراءه، وليست عليه ولاية الشراء، وكمن يؤجر ملك غيره". [1]

وهكذا من مختلف العقود، وسائر التصرفات التي يقوم بالشخص، من غير ولاية أو وكالة فيها، فيعتبر فضوليا في تصرفه.

وإنّ " الشرعيين يريدون بالفضولي، من يتصرف تصرفا لا شأن له به، وليست له ولاية إصداره، كمن يبيع ملك غيره من غير إذن منه، أو ولاية عليه، أو يرهنه أو يؤجره أو يزوج غيره بدون إذن منه، أو يطلق زوجته كذلك، فهذا التصرف منه فضالة، وهو فيه فضولي".[2]

فهذا التعريف جاء شاملا لتصرفات الفضولي سواء كانت، أعمالا مادية أو تصرفات قانونية.

والفضولي كذلك: من " يتدخل في شؤون الغير دون توكيل أو نيابة، وليس من اللازم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة، فمن باع مال غيره دون أن يكون وكيلا بالبيع أو نائبا عن المالك، فهو فضولي".[3]

و يطلق لفظ الفضولي ويراد به: العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه، أو من يتولى العقد بدون إذن، لا من المالك كالوكيل، ولا من الشارع كالولي.

---

1. أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر، ص 355 .

2. علي الخفيف: أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، ط1417/1، 1996/ ص315.

3 . عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط2، 1998، ج4، ص183.

الفضولي في مجلة الأحكام العدلية:

وقد تعرضت مجلة الأحكام العدلية للفضولي بقولها:" هو من يتصرف بحق الغير بـدون إذن شرعي ".[1]

شرح محترزات التعريف:

- **بدون إذن شرعي:** هو أن لا يكون له ولاية أو وصاية أو وكالة، لأنّ تصرف الولي والوكيل والوصي، لا يعد فضولا، فإذا ضممنا إلى ذلك تصرف الإمام، والقاضي، وقائد الجيش، لما لهم من الولاية، فنكون قد فسرنا التعريف تفسيرا تاما، لأنّ تـصرف الإمام في بيت المال وغيره من الأمور العامة، بشرط اقترانه بالمنفعـة تـصرف نافـذ ومشروع، فلو أوقف الإمام أرضا من الأراضي الأميرية ليصرف ريعها في سبيل البـر والإحسان، فتصرفه نافذ ولا يعد فضولا، وكذا قائد الجيش والقاضي فلـو تـصرف القاضي بأموال الأيتام لتنميتها، أو تصرف القائد بالغنائم لتقسيمها، يعـد تـصرفهما فضولا ويكون نافذا.[2] وقد تبنـت المجلة التعريف من المذهب الحنفي.[3]

- **التعريف المختار**:

الفضولي هو:" من يتصرف في حقوق غيره تصرفا قوليا، دون تفويض مشروع ".[4]

وعليه لا يعد فضوليا من يتصرف في حقوق غيره بتفويض مشروع، وإنما يعد نائبا عن ذلك الغير.

و هذه النيابة قد تكون نيابة شرعية، كولي الصغير، أو جده عند عدم وجود الأب، وإما نيابة قضائية، كالوصي الذي ينصبه القاضي على اليتيم، أو نيابة عقديـة كالوكيـل، بمعـنى: مصدر التفويض قد يكون الشريعة، أو القضاء، أو التعاقد.

---

1. علي حيدر ، در الحكام ، شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني الكتاب الأول البيـوع ، دار الكتب العلمية بيروت، مج 1، المادة 112 ، ص 95.
2 . انظر بهذا الصدد علي حيدر، در الحكام شرح مجلة الأحكام مرجع سبق ذكره، مج 1، الكتاب الأول، ص 95.
3 . ابن نجيم، بحر الرائق، سبق ذكره ج1 ص16.
4 . مصطفي أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ج1 ص424.

فمن لم ينطبق عليه وصف من هذه الأوصاف- التفويض - فهو فضولي، فـإذا آجـر شخص ملك غيره، أو عقد زواج امرأة دون إذ ا، وكذا لو باع أو رهـن أو وهـب المـال المشترك جميعه، أي: حصته أو حصة شريكه، دون تفويض من الشريك، فإنّ العقـد يكـون موقوفا بالنسبة إلى حصة الشريك.

وإنّ العاقد في كل ذلك وأمثاله يسمى في اصطلاح فقهائنا فضوليا، حـتى أنّ الأب إذا عقد زواج ابنته الكبيرة الراشدة دون إذ ا، ولو كانت بكرا يعتبر أيضا فضوليا، ويتوقف نفـاذ عقده على إجاز ا. [1]

من خلال هذا العرض نقول أنّ التعريف المناسب الذي يقرب المعنى اللغوي لمـصطلح الفضولي هو: " الذي يتصرف في شؤون غيره، دون أن يكون ملزما بذلك".

1 . مصطفى أحمد الزرقاء، نفس المرجع، ج1 ص425.

الفرع الثالث: مصطلح الفضالة

لقد رأينا فيما سبق اختلاف الفقهاء حول تحديد معنى الفضولي، فكذلك اختلفوا في وضع اصطلاح يقابل التعبير الفرنسي، la gestion d'affaires. يعني: الفضالة، فبينما يستعمل الأكثر ون تعبير - تصرفات الفضولي - في كتبهم، يفضل البعض استعمال (لفظ الفضول)،[1] والبعض الآخر (لفظ الفضولية)،[2] وهناك من يستعمل لفظ الفضالة.

فبالنسبة إلى هذا المصطلح الأخير، هناك من لم يعجبه هذا الصنيع مـن وجـود لفـظ الفضالة،[3] في اللغة العربية، ويقسم الأعمال التي يقوم ا الفضولي إلى قسمين هما:

1.الفضول: وهو ما يقوم به الفضولي في حدود التصرف القولي، فيتوقف ولا ينفذ.

2. التفضل: وهو ما يقوم به الفضولي من أعمال تنفذ عن الغير، وتلزمه لاستنادها إلى عـرف أو اضطرار.

ونجد استعمال هذا المصطلح – الفضالة - من قبل مجمع اللغة العربية بمـصر، وهـو مرادف لما يطلق عليه بالفرنسية. La gestion .daffairos .[4]

ولا حرج من إطلاق لفظ الفضالة، للتعبير عن من يتدخل في شؤون غـيره، دون أن يكون ملزما بذلك، وهو بذلك يقترب من التعريف الذي أورده أحدهم من أنّ الفضالة: " هي وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شؤون غيره نفسا ومالا، بدون إذن مـن صـاحب الشأن، الذي تصرف عنه، ولا ولاية مشروعة، ولا وصاية".[5]

ومن خلال ما سبق ذكره، يستحسن توظيف هذا المصطلح- الفضالة - للتعـبير عـن جميع الأعمال التي يقوم ا الفضولي لحساب الغير، وهو المصطلح المقصود، والمعني بالدراسة في هذه المذكرة.

---

1. محمود إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة 823 هـ ، جامع الفصولينن ج1 ص 230.القاهرة 1300ه.
2 .أحمد إبراهيم أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة، ص3 أشار إليه محمد جبر الألفي،ص18 هامش 6
3 . مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، سبق ذكره، ج1 ص466.
4. يوسف شلالة وفريد فهمي، المعجم العملي، الإسكندرية دون تاريخ، ص 424.
5.أحمد إبراهيم أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة، ص3، أشار إليه محمد جبر الألفي، ص 19.

الفرع الرابع: تعريف الفضالة في القانون المدني الجزائري

لقد عرف القانون المدني الجزائري الفضالة، ونص عليها صراحة في المادة 150، من القسم الثالث، في الفصل الرابع، المخصص لشبه العقود، من الكتاب الثاني المخصص للالتزامات والعقود، وصنفها بعد كلامه من شبه العقود الأخرى، المتمثلة في الإثراء بلا سبب، والدفع غير المستحق.

وجاء في هذه المادة ما يلي: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بالشأن،[1] لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك".[2]

الشرح:

من خلال هذا التعريف نقول أنّ الفضالة هي: أن يقوم شخص بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون وكيلا، أو وصي، وقد يكون هذا الشأن، عملا ماديا، أو تصرفا قانونيا، كسداد الدين، أو بيع محصول يسرع إليه الفساد، أو عملا ماديا كأن يطفئ حريقا شب في م ل جاره، أو ترميمه.

من خلال نص هذه المادة يتضح أنّ :" الفضالة تفترض أنّ شخصا غير ملزم لا قانونا، ولا اتفاقا، ولا قضاء، بأن يقوم بعمل مادي أو تصرف قانوني، لحساب شخص آخر، وهو يعلم بذلك، فهو إذن يقوم بعمل إنساني إيثاري altruiste يقصد به تأدية مساعدة لشخص قد يكون غائبا بعيدا، وقد يكون غير قادر، ولو كان قادرا لقام بالعمل الذي قام به الفضولي"[3].

وعليه نقول أنه ينبغي أن يكون للفضولي قصدا لمساعدة الغير، أو لتأدية عمله، فإذا قام لتحقيق مصالحه الشخصية لا تتحقق الفضالة، وإذا كان العمل مشتركا بينهما بين مصلحة الفضولي، ومصلحة الغير - وهذا العمل أو المصلحة غير قابلة للانفصام أو الانفصال- تتحقق الفضالة.

1 . الصحيح بشأن .

2 . المادة 150، قانون المدني الجزائري، ص 31

3. انظر علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ن مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2003/5 الساحة المركزية الجزائر، ص 264/ص265.

ما يلاحظ كذلك أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى أن الشأن الذي يتدخل فيه الفضولي، ينبغي أن يكون عاجلا أو ضروريا، فهذا الشرط هام جدا، و إلا لتدخل الناس في شؤون غيرهم بداعي التطفل، والتفضل، وإذا لم يكن كذلك يستدعي العجلة أو الضرورة، فلمـا يتـدخل الفضولي.

" لا يكفي أن يكون العمل نافعا أو مفيدا... وإنما يتعين أن يكون العمل ضروريا ومن الشؤون العاجلة... ومعنى أن يكون ضروريا، أن يكون من الشؤون التي ما كان رب العمـل ليتوانى في القيام بها ".[1]

نجد أنّ هذا الشرط قد اتفقت عليه جل القوانين الوضعية، على غرار ما فعله المـشرع المصري في تعريفه للفضالة التي قال عنها: " أن يتولى شخص عن قصد القيام بـشأن عاجـل لحساب الغير ".[2]

وأكثر من ذلك قلد مشرعنا،[3] القانون المدني الفرنسي في وضع هذا النظام تحت عنوان شبه العقود، تلك التسمية التي انتقدت انتقادا لاذعا ومريرا من جانب الفقه الفرنسي، وقال إنها خاطئة في تسميتها، كالخطأ الذي وقع في تسمية شبه الجنح، وقد هجر الفقه هـذه التـسمية اليوم، ولكن الغريب أنّ القانون المدني الجزائري قد استبقاها" [4].وكان أجدر بالمشرع الجزائري، بعد ما أخذ فكرة عن نظام الفضالة الموجودة في الدراسات التي سبقته، أن لا ينص على مثـل هذه التسمية.

1.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجـه عـام، مـصادر الالتزام، مرجع سابق،.ج 1نبند 866/865 ص 1235/ص1236.

2 . المادة 188 القانون المدني المصري.

3 . المقصود به المشرع الوضعي، أي المقنن الجزائري.

4 . علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سبق ذكره، ص 228.

الفرع الخامس: المقارنة بين تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي و القـانون المـدني الجزائري:

يستخلص مما سبقت دراسته أنّ هناك فروقا بين التعريفين، بخصوص الفضالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، فكما يوجد بينهما أوجه للاتفاق، يوجد بينـهما أوجـه للاختلاف، وهو ما نحاول أن أبينه هنا في هذا الفرع.

أ. أوجه الاتفاق:

- صرح كل من الفقه الإسلامي، و القانون المدني الجزائري، وحتى علماء اللغة، أنّ الفـضولي من يتدخل في شؤون الغير، و العمل لمصلحته - الغير- وهذا متفق عليه بـين علمـاء الفقـه الإسلامي، وعلماء القانون، وحتى علماء اللغة.

- الفضالة مصدر للنيابة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري باعتبار أنّ النيابة، في الفقه الإسلامي شرعية، وفي القانون المدني قانونية، لأنّ الفضولي في كل منهما يقوم بعمل لـشخص آخر، فينتج التصرف الذي أبرمه الفضولي باسم المالك آثارا في الفقه الإسلامي، و إلى صاحب الشأن بالنسبة للقانون المدني الجزائري، و الفضولي في كلتا الحالتين يعتبر نائبا عنهما.

- يوجد هناك اتفاق بخصوص العمل الذي يقوم به الفضولي بمحض إرادتـه، دون أن يكـون ملزما، ولا موكلا، ولا منهيا عنه.

- رتب كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري أثارا والتزامات، تقع علـى عـاتق الفضولي بعد قيامه بالعمل، ولا شك أنّ هذا وجه، من أوجه الاتفاق.

- إنّ الفضولي في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، بالنسبة إلى عمله سـواء كانت أعمالا مادية، أو تصرفات قانونية، لا فرق بنها.

- الفضولي غالبا ما يكون من الأصدقاء، أو الأقارب، أو الجيران، و بالتالي لم يختره صـاحب الشأن، أو رب العمل، ولم يعهد إليه القيام بالعمل، بل يتولى الفضولي شؤون رب العمل، لأنه من جهة قد يكون غائبا، و من جهة أخرى قد يكون بعيدا عن أمواله، و لا شك أنّ في هـذا العمل مصلحة لرب العمل، وبالتالي يشتركان في تحقيق المصلحة.

- يتفق فقهاء الشريعة الذين ينكرون صحة تصرف الفضولي، [1] مع شراح القانون المدني في أنه يجوز تدخل الفضولي، إذا كان الشأن - العمل- عاجلا، أو وجود ظروف مشددة قاهرة، أو لضرورة قصوى تملي ذلك، مثل قطف ثمار شخص غائب خوف من هلاكه، أو ترميم مـ ل يكاد يهوى، مع مراعاة المصلحة.

- الفضولي لا يعتبر تابعا لرب العمل، أو صاحب الشأن، في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، لأنه يعمل غالبا بدون علم المالك أو صاحب الشأن، وهذا الأخير لا يستطيع أن يتولى، أو أن يقوم ذه الأعمال بنفسه، لسبب أو لظرف يمنعه من تأدية ذلك الشأن.

- السبب الذي تستند إليه الفضالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني، هو نفس الـسبب، باعتباره يتعلق بالتدخل في شؤون الغير، ويترتب على هذا العمل فائدة لمن كان العمل لصالحه.

ب. أوجه الاختلاف:

- الفضولي في الفقه الإسلامي، غير الفضولي في الفقه الغربي، ففي الفقه الغربي، الفضولي هو من قام بحاجة ضرورية عاجلة لرب العمل تفضلا منه، فيرجع عليه بما انفق في ذلك، أمـا الفضولي في الفقه الإسلامي، هو من يتدخل في شؤون الغير ، دون توكيل، أو نيابة، ولـيس من اللاّزم أن يقوم بحاجة ضرورية عاجلة ....".[2]

- يبدوا واضحا من خلال هذا الكلام الذي ذكره السنهورى، وكلامنا الذي سبقه في تعريف الفضالة، أنّ هناك فروقا توجد بين التعريفين، وهذا ما نود أن نبينه في النقاط التالية:

- تناول فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفات الفضولي، وتكلموا عنها في شروط وأركان عقـد البيع، و تناول المشرع القانوني الفضالة في مبحث شبه العقود.

- الفضولي هو من يتدخل في شأن لفائدة و مصلحة الغير، ولا يشترط أن يكون هذا الـشأن على وجه العجالة في الفقه الإسلامي، بينما في القانون المدني هو من يتدخل في شـأن عاجـل لغيره، وينبغي أن يكون ضروريا.

---

1 . سأتطرق إلى هذا الموضوع بالتفصيل، في موضعه.

2 . عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق، سبق ذكره ج1 ،ص183.

و الملاحظ أنّ المادة، 150 من القانون المدني الجزائري لم تذكر هـذا الـشرط، وقـد أوردته تقريبا جل القوانين الوضعية،[1] فهل معنى ذلك أنّ المشرع الجزائري يعتبر من يتدخل في شؤون الغير دون أن يكون ملزما به فضوليا، ولو لم يكن العمل الذي قام به يقتضي العجلة ؟

و هل هذه الكلمة أغفلها المشرع قصدا؟ أم سقطت سهوا ؟ أم أنّ في هذا تأثر بالفقه الإسلامي ؟

قد تكون هذه الكلمة سقطت سهوا، لأنّ النص العربي مطابقا للنص الفرنسي ويبدوا أنّ المشرع الجزائري لم يرد هذه الكلمة قصدا، لا إغفالا.

- مصدر الفضالة في الفقه الإسلامي يقوم على أساس شرعي، و أنّ الالتزامات الناشئة تكـون من إرادة المتعاقدين، وفي القانون المدني يقوم على أساس قانوني، باعتبار الالتزامات الناشئة بقوة القانون.

- الفضالة في الفقه الإسلامي لا تعتبر مصدرا عاما للالتزام وهذا جلي من خـلال اخـتلاف الفقهاء حول تحديد معناها، وانقسام الرأي عندهم بين مقر، ومنكر لوجودها علـى خـلاف القانون الذي يعتبرها مصدرا عاما للالتزام، حيث أفرد لها مبحث خاص تحت عنـوان شـبه العقود.[2]

- تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي يقوم على العنصر الموضوعي، لا الذاتي بينما في القانون المدني يقوم على العنصر الذاتي، وهو قصد تأدية العمل للغير.

- العلاقة أو الرابطة في الفضالة قائمة بين شخصين، الفضولي من جهة، ورب العمل من جهة أخرى، دون اعتبار لمن تعامل معه الفضولي كطرف في هذا العقد - الطرف الثالث - فقـد تتوافر نية التبرع لدى الفضولي، فلا يسترد ما أنفق من مصاريف، على عكس القانون المدني.

---

1 . انظر المادة 188 من القانون المدني المصري.

2 . سأبينها في موضعها.

- الفضولي في الفقه الإسلامي هو تصرف الكامل،[1] والكامل المقصود به العاقل البـالغ أو مـا يصطلح عليها بالأهلية سواء، أهلية التميز، أو أهلية التعاقد، إذ فرق كل من الفقه الإسـلامي، والقانون المدني بشأ ا وسنذكرها في وقتها.
- من خلال تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي، نجد أنّ فقهاء الشرع الإسلامي، لم ينـصوا على عبارة "عن قصد القيام بالشأن " لأنّ هذا التصرف يبقى موقوفا على إجازة رب العمـل الذي يملك تقدير صلاحية التصرف من عدمه، على خلاف القانون المدني، الذي تعرض لهذه العبارة.

الخلاصة:

الفضالة في الفقه الإسلامي أوسع نطاقا، من نظير ا في القانون المدني الجزائري إذ يعرف الفقه الإسلامي نظام الفضالة، الذي نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية في كتبهم ومـدونا م، و القانون المدني الجزائري هو الآخر عرف نظام الفضالة المنصوص عليه في المواد الـتي سـبق التطرق إليه، كما نجد مجلة الأحكام العدلية هي الأخرى تعرضت لنظام الفضالة، ونصت عليه في نصوصها، وقد جت في ذلك ج فقهاء الشريعة.

وكما أسلفنا بيانه بخصوص المقارنة بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، حول مصطلح الفضالة، أدركنا أوجه الاتفاق، كما أدركنا أوجه الاختلاف، بحيث تجعـل البـون واضحا، والفرق شاسعا، بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، مما يدل علـى عمـق و أصالة الشريعة الإسلامية، لما فيها من العدل بين الناس، مراعاة لمصالح العباد، وحفاظا علـى أموالهم.

1. محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد، مرجع سبق ذكره، ص 354.

المبحث الثاني: تطور الفضالة في الأنظمة الغربية والعربيـة، وموقـف الـشريعة الإسلامية منها.

أتناول في هذا المبحث موقف الشريعة الإسلامية من عقد الفضالة، وكذا تطورهـا في الأنظمة الغربية، وموقف التقنينات والتشريعات العربية منها، حيث قسمت هذا المبحـث إلى ثلاثة مطالب، هي كالآتي:

المطلب الأول: الفضالة في الشريعة الإسلامية وموقفها منها.

المطلب الثاني: تطور الفضالة في القوانين الغربية.

المطلب الثالث: موقف التقنينات العربية من الفضالة.

المطلب الأول: الفضالة في الشريعة الإسلامية وموقفها منها:

لقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط ومبادئ عامة للتعامل بين الناس، إذ لا يحق لأي كان أن يتجاوز هذه الضوابط والمبادئ العامة، و مراعاة لمصالح العباد ومقاصد الشرع اقتصرت على ذكر بعض الحالات الفردية كاستثناءات لهذه المبادئ، كنظام الفضالة، وكـان لاتـساع معناها في الفقه الإسلامي، عن معناها في القانون الوضعي، اثر بالغ الأهمية، من خلال نظـرة فقهاء الشريعة الإسلامية، وانقسام آرائهم بين مؤيد لها،[1] و معارض لوجودهـا،[2] إذ يعتـبرون الفضولي متبرعا لا يرجع بما انفق.[3]

والفضولي متبرع، إذا هو لم يكن مضطرا إلى العمل الذي قام به، فلا يرجع بشيء على رب العمل، فلو كان للمدين الغائب مال في يد أجنبي، فانفق الأجنبي على أبوي الغائب بغير إذن القاضي ضمن، وإذا ضمن لا يرجع على القاضي. [4]

"و المديون إذا انفق على ولد رب الدين، أو امرأته بغير أمره، لا يبرأ من الـدين ولا يرجع بما انفق على من انفق عليه، ولو قضى دين غيره بغير أمره جاز ".[5]

وبالنسبة إلى الفقهاء،[6] الذين تبنوا الفضالة فقد أخذت ا مذاهبهم، وتولت كتبـهم شرحها وبيان أحكامها، ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نذكر بعض الحالات العامة، استنادا إلى

1 . المؤيدون، انظر، الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، 587هـ، بدائع الـصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ج4، ص 209.

ابن رشد، محمد ابن أحمد بن رشيد القرطبي، متوفى 595هـ، بداية ا تهد، و اية المقتـصد، دار الفكـر العربي، ج2، ص 195.

أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية 652 هـ، المحرر في الفقه، مكتبة المعـارف، الرياض، ط2، 1404ج1، ص310.

2 . المعارضين، النووي، أبي زكرياء محي الدين بن شرف النووي، الدمشقي، 676هـ، ا مـوع، دار الفكر العربي، بيروت، ط1، 1417هـ، 1980م، ج9، ص 249.

3 . السنهوري.مصادر الحق، سبق ذكره، ج5 ص59.

4 . السنهوري، سبق ذكره، ج5 ص 59.

5 . المرجع نفسه، ص 61 .

6 . انظر الهامش رقم 01 من نفس الصفحة.

الرأي المؤيد لوجود الفضالة حتى نبين كيف تبلورت في ظل الشريعة الإسلامية، حتى تتـضح صور ا بشكل جلي، ولاسيما أنها لم تعتبر بعض التصرفات تدخلا غير مبرر في شؤون الغـير، ومن هذا المنطلق، نقول أنّ الفضولي هو: " من يتصرف تصرفا ليس له ولاية عليه كمن يبيع ما لا يملك، من غير ولاية، أو وكالة، وكما يشتري لغيره شيئا لم يوكله في شراءه، وليست لـه عليه ولاية شراء، وكما يأجر ملك غيره"،[1] وغيرها من الأعمال والتصرفات، التي يقـوم ـا الشخص في شيء من غير ولاية أو وكالة فيها، فيعتبر فضوليا في تصرفه.[2]

والآن نذكر بعض الأمثلة على هذه التصرفات التي تعرض لها الفقه الإسلامي كحالات خاصة:

1. عقود المعوضات:

أ. بيع الفضولي:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية، على أنّ عقد البيع يمكن أن يكـون محـلا لتـصرفات الفضولي، إذا كان المشترى غير الفضولي.[3]

وأما إذا كان المشتري هو الفضولي نفسه، فالعقد لا يوجد شرعا.[4]

ب. شراء الفضولي لحساب الغير:

يمكن أن يكون الشراء للغير محلا للفضالة، بشرط أن يضيف العاقدان العقد إلى رب العمل، بأن يقول البائع بعت هذا لفلان بكذا، فيقول الفضولي قبلت[5].

1 . محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سبق ذكره، ص355.

2 . المرجع نفسه، ص355.

3 . الكاساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص148.ابن رشد، بداية ا تهد و اية المقتصد، سـبق ذكره ج2، ص110.النووي، ا موع، سبق ذكره، ج9، ص247، ابن قدامة، أبو محمد بن عبد اللّه بن محمد بن قدامة المقدسي 630هـ ، المغني ج4، ص205.

4 .ابن عابدين، محمد بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين 1225هـ ، حاشية ابـن عابـدين، دار الفكر العربي، بيروت، ط2، ج4، ص 503.

5 . الكساني .بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص15.

أما في المذهب الحنفي، يعتبر الشراء لحساب الغير صورة من صور الفـضالة، بـشرط الالتزام لصالح الغير.[1]

وفي المذاهب الأخرى، شراء الفضولي كبيعه موقوفا دائما، أضيف العقد إلى الغائب أو أضيف إلى الفضولي.[2]

ج. إجارة الفضولي

يشترط الحنفية في الإجارة لتكون محلا للفضالة، أن تكون المنافع قائمـة لم يـستوفيها المستأجر حتى ترد إجازة المالك على منفعة موجودة، فإذا استوفى المستأجر المنفعة، فإنّ الأجرة التي تقابلها تكون للعاقد.[3]

أما مذاهب الفقه الإسلامي الأخرى رأت أنه لا فرق بين بيع ملـك الغـير، وإيجـاره فكلاهما يجوز للفضولي أن يقوم به.[4]

---

1. ابن نجيم، البحر الرائق، سبق ذكره، ج6، ص149.

* **شراء الفضولي عند الحنفية**: إذا اشترى الفضولي شيئا لغيره، فلا يخلو ذلك من أمرين ن إما أن يـضيف العقد لنفسه، وإما أن يضيفه إلى صاحب الشأن.

الحالة الأولى: إذا أضاف الفضولي الشراء لنفسه، كان الشيء الذي اشتراه ملكا له ' الفضولي' سواء وجدت الإجازة من الذي اشترى له أم لم توجد، لأنّ الأصل إذا تصرف الإنسان، يتصرف لنفسه لا لغيره، وبالتالي لا يحتاج إلى إجازة الغير، لقوله تعالى: **وأنْ ليس للإنسان إلا ما سعى** النجم 39.

وعليه فالأصل أن تنسب إلى الإنسان تصرفاته لا لغيره، وبالتالي فالشراء يكون له ومن كسبه، أما إذا لم يجد العقد نفاذا على الفضولي وذلك لعدم أهليته مثل كونه محجورا عليه، فهنا يتوقف الشراء علـى إجازة صاحب الشأن ويصح هذا التصرف.

الحالة الثانية: إضافة الفضولي الشراء لغيره، لا لنفسه، فينعقد الشراء صحيحا موقوفا على إجازة من أضيف العقد إليه " أنظر كل من الكساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص149، وكذا ابن الهمام، شرح فتح القدير، سبق ذكره،، ج7، ص 53، ص 54.

2. الحطاب، مواهب الجليل، سبق ذكره، ج4، ص272. النووي، ا موع، سبق ذكره، ج9، ص282، ابن قدامة، المغني، سبق ذكره، ج4، ص205.

3. الكسانى ، بدائع الصنائع ، مرجع سابق، ج4، ص 167

4. الأزهري جواهر الإكليل ج2 ص184. النووي، ا موع سبق ذكره، ج9 ص282.

2. عقود التبرعات: أما عقود التبرعات فنقتصر على ذكر بعض الأمثلة منها:

هبة ملك الغير: و كذا الوقف، و الوصية، فاتفق فقهاء الحنفية والشافعية، وبعض المالكية على ذلك ولم يروا محل التفرقة بين التصرفات بعوض، والتصرفات التبرعية. [1]

أما المالكية، فقد اعتبروا بعض هذه التصرفات باطلة، وإنها لا تكون محلا للفضالة لأ ا تصرفات دون مقابل فلا يملكها الفضولي،[2] ولكن فريق آخر، لم يفرق بين التصرف بعـوض، والتصرف بغير عوض. [3]

3. الأحوال الشخصية

فكما أنّ فقهاء الشريعة رأوا أنّ عقد الزواج يجوز أن يبرم بواسطة نائـب، فقـد رأوا كذلك أنّ للفضولي أن يبرم عقد زواج، لصالح زوج أو زوجة، كما له أن يطلقها لصالحه،[4] " وحتى أنّ الأب إذا عقد زواج ابنته الكبيرة الراشدة دون إذ ا ولو كانت بكرا يعتـبر أيـضا فضوليا، ويتوقف نفاذ عقده على إجاز ا ".[5]

ونتيجة لذلك يحق لنا القول أنّ الشريعة الإسلامية قبلت الفضالة في التصرفات القانونية، وقد قننت مجلة الأحكام العدلية ما تقدم، في المواد 1453 فيما يتعلق ببيع ملك الغـير، و447 فيما يتعلق بإيجار ملك الغير، و817 فيما يتعلق بالهبة .

---

1. انظر : الكاساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج 6، ص137 .وكذا النووي، ا موع، سـبق ذكـره، ج9 ص282.

2 . الخرشي، أبي عبد اللّه محمد الخرشي، 1101 هـ ، شرح الخرشي، على متن سيد خليل ج 7، ص74. الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة، الدسوقي 1270هـ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق، محمد عليش، دار الفكر بيروت، ج4 ص98.

3 . العدوى على الخرشي .ج7، ص79، الدسوقي، نفس المرجع ونفس الصفحة.

4 . انظر السرخسي أبي بكر محمد بن سهل أبي بكر السرخسي، 438 هـ ، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406، ج5، ص15.

سحنون عن مالك بن أنس، المدونة، دار صادر، بيروت ج4، ص16. النووي ا موع، سبق ذكره، ج9، ص282، ابن قدامة المغنى سبق ذكره، ج6 ص475.

5 . مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سبق ذكره ج1 ص425.

أما الأعمال المادية، فتضاربت الآراء بشأ ا بين منكر لها، لعدم وجود علاقة بينها وبين الفضالة، فرأى فريق أنها تقتصر على التصرفات القانونية، بينما رأى فريق آخر عدم التفرقـة بينهما، (التصرفات القانونية، والأعمال المادية).[1]

وأغلبية الحنفية يرون أنّ للفضولي القيام بالأعمال المادية،[2] على عكس المالكية الذين لا يفرقون بين الأعمال المادية، والتصرفات القانونية، بل يستوي عندهم الفضولي أن يتولى القيـام بالتصرفات القانونية، أو بالأعمال المادية.[3]

جاء في الشرح الكبير: "من خلّص مال شخص من لص، أو محـارب، أو غاصـب، وانفق في سبيل ذلك مالا فالأرجح، أنه يأخذ ما دفعه من المالك، وقيل لا يرجع بما دفعه ".[4]

أما الشافعية، فإنهم يحصرون تصرفات الفضولي في الأعمال القانونيـة، بـصحة بيـع الفضولي في كل عقد يقبل الاستنابة.[5]

وأكثر الحنابلة يرون أنّ الفضولي، يمكن أن يقوم بعمل مادي.[6]

هذا بالإضافة إلى الشروط والأركان التي وضعها الفقه الإسلامي لقيام الفضالة.[7]

خلاصة:

من خلال هذه النظرة السريعة لموضوع الفضالة، في الشريعة الإسـلامية نخلـص إلى القول، أنّ الفضالة كتصرف موجود في الشريعة الإسلامية، هو استثناء من المبدأ العام، الـذي يقرر عدم التدخل في أموال الغير إلا للضرورة، حيث أخذت ا في بعض الحالات الفردية ولم تنكرها، ولم تعتبرها مصدرا هاما من مصادر الالتزام، إذ يعتبر الفضولي في الشريعة الإسـلامية

---

1. ابن رشد، بداية ا تهد و اية المقتصد، سبق ذكره، ج2 ص247.
2. ابن رجب، القواعد، سبق ذكره، ص141.
3. ابن القاسم، عبد الرحمان بن القاسم بن خالد العتقي المتوفى سنة 191هـ، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس برواية سحنون، ج14 ص54.
4. الدردير، سيدي أحمد الدردير، أبو البركات، 1201 هـ الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ج2، ص199.
5. النووي، ا موع، سبق ذكره، ج9، ص272.
6. ابن رجب، القواعد، سبق ذكره، ص141، ابن قدامة، المغني، ج6.ص372.
7 . سنأتي على ذكرها في حينها.

متبرعا، وعليه لا يسوغ لأحد أن ينشغل بأموال الغير بلا سبب، وهو بلا شك مبدأ من حسن المبادئ وأعدلها، وهو أيضا موافق بمعناه ومبناه للآية الكريمة لقوله تعالى **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون**[1].

وأي باطل أظلم من الاكتساب على حساب الغير بلا مبرر شرعي، والشريعة الإسلامية كما صدق من قال:" هي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها".[2]

المطلب الثاني: تطور الفضالة في القوانين و الأنظمة الغربية

وأقتصر هنا على ذكر تطور الفضالة في القانون الروماني، باعتباره المصدر الأساسي الذي تشكلت فيه اللبنة الأساسية لنظام الفضالة، ثم أعرج على القانون الفرنسي باعتباره أصلا لقوانين الدول العربية، ولا سيما القانون المدني الجزائري، الذي أخذ الكثير من أحكامه، ومن نصوصه.

الفرع الأول: القانون الروماني

نشأت الفضالة في القانون الروماني الذي نص عليها تحت عنوان، شبه العقود وذلك بمنشور من"البريتور"[3] واعدا به من يتولى الدفاع أمام القضاء، عن مصلحة شخص تغيب فجأة ودون إقامة وكيل عنه، بأن يعطيه دعوى خاصة يسترد من طريقها ما انفق في هذا الدفاع .[4]

ثم أنشأ البريتور دعوى أخرى، لمصلحة من يتولى تجهيز الميت ودفنه من غير ورثته، يستطيع بموجبها أن يسترد ما أنفقه في جنازة الميت.[5]

1.سورة البقرة، الآية 188 .

2.صبحي المحمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود، في الشريعة، بيروت 1948 ج1 ص93،94 .

3 . حاكم وقاضي الإمبراطورية الرومانية.

4 . سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية، شتات مصر والمنشورات الحقوقية، الصادر، بيروت، ط3، ج5، ص247.

5 . كيك cuqu في شرح نظم القانون الروماني.أشار إليه سليمان مرقص في الوافي، مرجع سبق ذكره، ج5 ص564.

ثم اتسعت فكرة الفضالة في عهد "شيشرون" حتى شملت كل تـدخل في إدارة أمـوال الغير، مع اشتراط أن يكون المتدخل فيها قاصدا العمل للغير دون وكالة منـه، أو أن يكـون تدخله مقترنا بنية استرداد نفقاته.[1]

هذا ولا يعتبر فضوليا من قصد إسداء خدمة للغير وتبرع له بنفقات هذه الخدمـة، أو خدمة نفسه، وكان يترتب على تدخل الفضولي في شأن غيره التزامه بإدارة هذا الـشأن إدارة حسنة وأمينة، وبتأدية حساب عن إرادته، ويحق لرب العمل، رفع دعوى الفضالة لاقتضاء هذا الالتزام، ومن جانب آخر عليه تعويض الفضولي، لما في مصلحة رب العمل.

وفي كل هذا كان القانون الروماني يرجع هذا التصرف إلى العدالة، وهذا هو الأسـاس الذي ما زالت تقوم عليه القوانين الحديثة اليوم.

و كذلك بالنسبة إلى الفضولي له الحق في استرداد ما أنفق، فإذا أجاز رب العمل ما تم، من عمل لمصلحته بعد علمه به، امتنع عليه بعد ذلك أن ينازع في فائدة هذا التدخل، وكـان للفضولي أن يرجع عليه.

" وكانت الفضالة فيه تنصب على الأعمال المادية والقانونية، وكان يسمى الفـضولي negotiorum gestor ولكن لم يكن يعتبره كما هي الحال اليوم، نائبا قانونيا عن رب العمل، بل كان لا يرتب آثار أعمال الفضولي إلا إذا أقرها رب العمل، طبقا للقاعـدة ratibabition manda to aequibaratire. أي: " أن الإقرار اللاحق يعتبر وكالة"، وذلك لأنّ القـانون الروماني، لم يكن يعرف نظام النيابة المعروفة اليوم".[2]

ومجمل القول أنّ القانون الروماني اشترط لهذا العمل شروطا معينة، كأن يكون تـدخل الفضولي دون توكيل، سواء كان تصرفا قانونيا، كالبيع، والإجارة، أو عملا ماديـا كـسقي محصول، بمعنى: أن يكون القيام بالعمل بلا التزام، أو تفويض، أو توكيل من رب العمل، هذا بالإضافة إلى كون الفضولي قد قام بعمل لصالح رب العمل، لا بهدف مصالحه الخاصة، و لابد

1 . المرجع نفسه، ج5، ص248.

2. ا نظر علي علي سليمان، النظريةالعامة للالتزام، مرجع سبق ذكره، ص 262.

أن تكون النية لدى الفضولي متجهة للعمل لمصلحة رب العمل، بحيث إذا توفرت هذه الشروط واكتملت من الجانبين، ترتبت عليهما آثار والتزامات على (الفضولي، ورب العمل). [1]

في النهاية وبعد هذه النظرة الموجزة نقول، إنّ القانون الروماني فعلا قد عرف وتـبنى نظام الفضالة، حيث تبلورت ونشأت فيه، وكان يقيم أساسها على العدالة، و اشترط أن تكون هناك نية للتدخل أو القيام بتصرف، بالإضافة إلى وجود منفعة ومصلحة لصالح رب العمـل، وهذا ما يجعلنا نقر بوجود هذا النظام في القانون الروماني، الذي يجعل الفضالة مـصدرا مـن مصادر الالتزام.

الفرع الثاني: القانون الفرنسي

يختلف الوضع في هذا القانون، عن القانون الروماني، وكان دوما يرى أنّ التـدخل في شؤون الغير، أو من تغيب فجأة عن مقر أعماله، واجب أدبي يتعين حماية مـن يقـوم بـه، وتعويضه عما تكبده في سبيل ذلك، بتحويله الحق في استرداد ما أنفق، وفي المطالبة بمقابل مـا التزم به شخصيا نحو الغير، فكان ينظر إلى أحكام الفضالة باعتبارها مكافأة للفضولي على أدائه واجبا أدبيا، بالتدخل في شـؤون الغير صونا لمصلحة هذا الأخير. [2]

ولكن في هذا القانون، انقلب الوضع واختلط نظام الفضالة، بالإثراء بلا سبب وجعـل تطبيقا من تطبيقا ا، حيث مرت الفضالة بعدة مراحل قبل أن تنفصل عن هذا النظام الأخير.

وسبب ذلك أنها اختلطت ذا النظام – الإثراء - الذي لم يعرف بدوره الاستقرار، إلا في آخر القرن 19 إذ لم يعتبره القانون قاعدة عامة شاملة التطبيق، بل قصر مبدأ الإثراء بـلا سبب على الحالات المعينة، التي انتقلت إليه من القانون الروماني. [3]

وفي عهد"بوتيه" انقلب الوضع، وأصبحت فكرة الواجب الأدبي التي جعلـها دومـا أساسا للفضالة ضعفت، وحلت محلها فكرة العدالة القاضية بأنّ من تدخل في شـؤون غـيره

1 . انظر المراجع السابقة.

2 . سليمان مرقس .الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق ج5 ص25.

3 . السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج5 ص742.

يلزم بأن يؤدي حسابا عن تدخله، ومن أفاد من هذا التدخل يلزم بتعويض المتـدخل عمـا أنفق.[1]

أما فيما يتعلق بالفضالة التي تتوافر فيها كل الشروط اللازمة، فكان القانون الفرنـسي القديم يقيم أساس نشأ ا على أنّ الأموال لا يجب أن تترك دون رعاية، وكان يعتـبر أنّ كـل شخص يجب أن يتولى إدارة شؤون الغائب، إذا كان في استطاعته القيام ا.[2]

وكان دور القانون يهدف إلى حماية من تدخل في شؤون غيره بنية تأدية خدمة للغـير، والى تشجيع مثل هذه المبادرات، فإذا توافرت الشروط كان رب العمل ملزما بإقرار الفـضالة، إذا كانت نافعة وترتبت عليها آثارها.

غير أنه يظهر، أنّ واضعي تقنين نابليون رجعوا إلى الفكرة دوما، عندما نصوا على أنّ "من يتولى بالقصد شؤون غيره "[3]، إذ يدل ذلك على أنهم اشـترطوا في الفـضالة أن يكـون الفضولي قد اتجهت نيته إلى العمل لحساب الغير، أي: أن يكون تدخله في شؤون غـيره قـد حصل تلبية لذلك الواجب الأدبي الذي أشار إليه دوما، [4] إذ جعلوها تقوم على أساس العدالة، وبالتالي ألزم المتدخل في شؤون الغير بتقديم حساب عن عمله لهذا الغير، كما أنه ألـزم مـن استفاد من هذا العمل بتعويضه.

" وقد تناول تقنين نابليون النص على الفضالة، بالمواد 1372- 1375 وسمي الفـضولي LE JE RINT وسمي رب العمل LE MAITRE DE L'Affaireوأخضع الفضولي إلى أحكام الوكالة، وأعتبر كما لو كان قد وكّل صراحة من رب العمل، غير أنّ القانون المدني الفرنسي، لم يوضح ما إذا كانت الفضالة تتضمن القيام بالأعمال المادية والقانونية معا، ولا

---

1. pothier.traite Sun différentes matières de droit civil appliquées paris et orléanais 1781 p919/no 167، أشار إليه في الوافي مرقس سليمان ج5 ص 251.
2. ذهبية حامق، الفضالة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالقوانين الأخرى بحث مقدم للحصول علـى الدبلوم الماجستير، في العقود والمسؤولية، إشراف: أ/ على على سليمان رسالة ماجستير ص 13.
3. المادة 1372 من القانون المدني الفرنسي.
4. مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني سبق ذكره، ج5 ص252 .

اشترط أن يكون العمل عاجلا أو نافعا، وأعتبر مسؤولية الفضولي مسؤولية رب الأسرة الطيب، ولكنه خفف من مسئوليته، عما ارتكب من خطأ أو إهمال تبعا للظروف التي دعته إلى القيام بشؤون رب العمل".[1]

وقد توصل القضاء الفرنسي الحالي، بعد صدور الحكم الشهير من محكمة النقض [2]جعل فيه الفضالة نظاما مستقلا عن الإثراء بلا سبب، واعتبر الفضالة تطبيقا من تطبيقاته، وقد نص على الفضالة في القسم الخاص، بشبه العقود، وخصص لها أربع مواد من المادة 1372 إلى المادة 1375، بين فيها شروطها، وأحكامها واعتبرها شبه عقد.[3]

نشير إلى أنّ القانون الفرنسي عرف الفضالة، شأنه شأن القانون الروماني سواء من حيث شروطها، أو من حيث آثارها، بحيث كان يقيمها على أساس خلقي، أي: الواجب الأدبي على عكس القانون الروماني، الذي كان يقيم أساسها على اعتبار العدالة، حيث تحول هذا الأساس – العدالة- فيما بعد إلى القانون الفرنسي.

في الأخير نقول نّ القضاء الفرنسي توسع كثيرا في نطاق الفضالة، مما أدى إلى قبولها ولو لم تكن لدى الفضولي نية العمل لصالح الغير، مع أنّ شرط النية، يعتبر من الشروط الأساسية التي قامت عليها الفضالة منذ نشأ ا، ويرجع ذلك إلى عدم وضوح النصوص القانونية، مما ترك الباب واسعا أمام الفقه والقضاء لتفسيرها.

---

1. علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 263.

2. يوم 15 جوان 1892 في قضية الأسمدة، وتتلخص هذه القضية في أن تاجرا للأسمدة باع كمية من الأسمدة إلى مزارع ولم يقبض ثمنها، وكان هذا المزارع معسرا ولم يقم بتنفيذ التزاماته نحو المؤجر فقام هذا الأخير بإ اء عقد الإيجار ، وخرج المزارع تاركا للمؤجر الزرع الذي كان ما يزال قائما بالأرض نظير بعض ما عليه من التزاماته فرفع تاجر الأسمدة دعوى أمام القضاء الموضوع مطالبا المالك بسداد ثمن الأسمدة باعتبار أ ا عادت عليه بفائدة وأثري بسببها، صدر هذا الحكم في 15 جوان 1892 ونشر في اللوز الدوري سنة 1892عدد 1 برقم 592 ونشر في سيرته سنة 1893 عدد1 برقم 281، انظر ذا الصدد علي علي سليمان، مرجع سبق ذكره،ص229 الهامش رقم 3.

3 . شبه العقد:"فعل إرادي محض ينشئ إما تعهدا إزاء الغير أو تعهدات متقابلة بين طرفين ".

المطلب الثالث: موقف التقنينات العربية من الفضالة

مما سبق بيانه أن واضعي تقنين نابليون نصوا على الفضالة وأحكامها، ولم ينصوا على القاعدة العامة للإثراء على حساب الغير، بل انتقدوا فكرة جعل الفضالة تحت عنوان شبه العقد، و ابرزوا انعدام الشبه كلية بين الفضالة، وبين العقد، إذ أنّ رب العمل، لا يلتزم إزاء الفضولي، بأن يرد إليه ما أنفقه رغم إرادته و بقوة القانون، وكذا التزام الفضولي بإتمام العمل الذي باشره لمصلحة رب العمل، وهكذا كان الحال إلى الدول العربية.

فالنسبة إلى واضعي التقنين المدني المصري القديم، عالجوا الفضالة في الكتاب الثاني الخاص بالتعهدات والعقود، وفي الباب الثالث منه تحت عنوان التعهدات المترتبة، على الأفعال لكونهم تأثروا بالفقه والقضاء الفرنسيين، اللذين كانا يهدفان إلى تقرير مبدأ الإثراء على حساب الغير، رغم خلو التقنين الفرنسي من نص خاص به.[1]

فحاول أن يجمع بين تقرير هذا المبدأ – الإثراء - و حكم الفضالة في نص واحد، وهذا ما نلحظه في نص المادة 144، والمادة 205.[2]

ونتيجة لذلك، حرص المشرع المصري في التقنين الحالي، على الربط بين الفضالة والإثراء على حساب الغير، إبرازا لنشوء التزام رب العمل من الفعل النافع، الذي قام به الفضولي لحسابه، فنص عليها في الفصل الرابع من مصادر الالتزام، وبالتالي تجنب ما ذهب إليه التقنين الفرنسي من اعتبار الفضالة شبه عقد، وما أخذ به التقنين المصري القديم، وبالتالي تميز عنهما، واعتبر الفضالة تطبيقا خاصا للإثراء بلا سبب، وبخصوص هذا النص، اختلف شراح القانون في تخصيص هذا النص، هل يشمل الفضالة؟ أو الإثراء بلا سبب؟ أو العكس أو يشملهما معا ؟

---

1 . مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سبق ذكره، ج5، ص 271.

2 . المادة 144، القانون المدني المصري "من فعل بالعقد شيئا تترتب عليه منفعة لشخص آخر فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التي صرفها والخسرات التي خسرها بشرط أن لا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة".

المادة 205 م " هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك".

وقد حذا المشرعان السورى،[1] والليبي،[2] حذو المشرع المصري في ذلك في المـواد 181 وما بعدها من التقنين السوري في المادة 182 وما بعدها من التقنين الليبي.[3]

ونجد التقنين التونسي،[4] والمغربي،[5] قد تأثرا بفكرة القانون الفرنسي وقد تناولا الفـضالة في الكتاب الثاني، وهو الذي خصص للعقود المسماة، وأشباه العقود الملحقة ا، وفي البـاب السادس منه الخاص بعقد الوكالة.[6]

أما بالنسبة إلى التقنين اللبناني، أو كما يسمى تقنين الموجبات والعقود اللبناني تنـاول الفضالة في الباب التالي، أي: الباب الرابع،[7] الذي جعل عنوانه في الأعمال القانونية و ضمنه فصلين، خصص أولهما للأعمال الصادرة من فريق واحد، وثانيهما للعقود، وتناول الفـضالة في الفصل الأول باعتبارها عملا صادرا من فريق واحد، ووزع أحكامها بين ثلاثة فروع.[8] من تحديد لمعنى الفضالة، وشروطها، وبإ ائها بالموت، و حكم الفضالة في حالة الإجازة، وعـدم الإجازة.[9]

ويتبين من ذلك أنّ التقنين اللبناني هو أيضا، اعتبر الفضالة نوعا قائما بذاته من مصادر الالتزام، أدخله ضمن الأعمال القانونية.

1.المادة 189، من السوري وهي نفس نص المادة للقانون المصري.

2. المادة 191 الليبي نفسها.

3 . سليمان مرقس . الوافي، سبق ذكره، ج5 ص 273.

4.تنص المادة 1179 من التقنين التونسي للالتزامات والعقود على أنه: "إذا باشر شخص مـصالح غـيره اختيارا أو ضرورة بدون إذن منه أو من الحاكم في مغيبه أو بدون علمه فتنشأ بذلك علاقة قانونية تـشبه الوكالة وتحكمها النصوص التالية "

5.وتطابقها المادة 943 من القانون المدني المغربي.

6. مرقس سليمان، المرجع نفسه ص 61.

7. وتنص المادة 149 من تقنين الموجبات اللبناني على أنه:" يكون العمل فضوليا حين يقوم المرء من تلقاء نفسه بإدارة شؤون للغير عن علم وبلا تفويض بقصد العمل لحساب ذلك الغير"

8. مرقس سليمان، نفس المرجع، ج5.ص 275.

9.المواد من 149- 164 من القانون الموجبات والعقود اللبناني، انظر سليمان مرقس ، مرجع سبق ذكره، ص 274.

وفي التقنين العراقي كذلك، نص على الإثراء بلا سبب، وعلى دفع مالا يجب وبين أحكام الفضالة، وعليه فإنّ عمل الفضولي يمكن أن تترتب عليه نفس الآثار التي رتبها القانون على الإثراء، وعلى قبض غير المستحق، متى توافرت فيه شروط أي هذين النظامين الأخيرين.

مثلا إذا انفق الفضولي مالا، عاد منه نفع على غيره، ولم يكن ثمة سبب يسوغ افتقار الفضولي مما انفق، و لإثراء الغير بما عاد عليه من نفع بسبب ذلك جاز الرجوع على رب العمل، بدعوى الإثراء على حساب الغير، وفقا للمادة 243 مدني عراقي.

وعدم تنظيم المشرع العراقي للفضالة بنصوص خاصة، لا يمنع الفضولي من الرجوع على رب العمل، وفقا لقواعد الإثراء على حساب الغير، متى توافرت فيه الشروط اللازمة لذلك.

وقد أورد المشرع العراقي في الفرع الخاص بقضاء دين الغير من التقنين المدني، نصا يجيز الرجوع لمن يفي دين غيره فضالة، إذا توفرت فيه شروط معينة طبقا لنص المادة 239 قانون المدني العراقي.[1]

والخلاصة من هذا التعريف، أنّ قوام الفضالة التدخل قصدا في شأن عاجل للغير، دون أن يكون المتدخل ملزما بذلك، وعليه فالأصل في قضاء دين الغير بلا أمره، عدم الرجوع لافتراض التبرع فيه.

يتبين من خلال هذه التعريفات، أن أوفاها هو تعريف القانون المصري، والسوري والليبي، لأنه يشتمل على الأركان الثلاثة، اللازمة توافرها في الفضالة بمعناها القانوني وهي:

1 - قيام الفضولي بشأن عاجل لغيره على وجه مقبول.

2- قصد التفضل بأداء خدمة لذلك الغير.

3- أن يكون ذلك دون تفويض أو إلزام ودون مخالفة يا خاصا.

وسنفرد مبحثا خاصا لدراسة هذه الأركان من هذه المذكرة.

1 . المادة 239 ق م العراقي: "إذا قضى أحد دين غيره بلا أمره سقط الدين عن المدين سواء قبل أم لم يقبل ويعتبر الدافع متبرعا لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره إلا إذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين أو أنه لم يكن عنده نية التبرع ".

المبحث الثالث: المقارنة بين الفضالة وغيرها من الأنظمة المشابهة لها

في هذا المبحث سأقوم بإجراء مقارنة بين نظام الفضالة، وغيرها من الأنظمة المشابهة لها، كالوكالة والإثراء بلا سبب، والكفالة مبرزا من خلال ذلك أهم نقاط الاتحاد والتضاد في المطالب التالية.

المطلب الأول: الفضالة والوكالة.

المطلب الثاني: الفضالة والكفالة.

المطلب الثالث: الفضالة والإثراء بلا سبب.

المطلب الأول: الفضالة والوكالة

بالنسبة إلى الفضالة، سبق وأن تطرقنا إليها في المبحث الأول.

الفرع الأول: الوكالة في الشريعة الإسلامية

أولا: تعريفها في اللغة

الوكالة في اللغة، اسم مصدر من التوكيل، وتصح بفتح الواو وكسرها وفعلها، وكّل، يكل، أي استسلم وفوض أمره واكتفى به، وهي أن يعهد إلى غيره، أن يعمل له عملا، والوكيل الذي يسعى في عمل غيره، وينوب عنه فيه، وقد وكله توكيلا، والاسم الوكالة.[1]

وتأتي بمعنى شخص يعمل لحساب آخر بمقتضى عقد توكيل، ويتعاقد بنفسه الخاص.[2]، تقول: " وكلت أمري إلى الله أي : فوضته إليه، وتطلق على الحفظ".

- قال تعالى: **الذِين قَالَ لَهم الناس إن الناس قَد جمعوا لَكُم فَاخشوهم فَزادهم إيماناً وقَالُوا حسبنا الله ونعم الْوكِيلُ**[3] وقال تعالى كذلك: **وعلى اللّه فليتوكل المتوكلون**.[4]

ثانيا: الوكالة في الاصطلاح

الوكالة هي: " استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة".[5]

وهي عند الحنفية:[6] " عبارة عن إقامة الإنسان غيره، مقام نفسه، في تصرف جائز معلوم".

وبعبارة أخرى هي: " تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل".

---

1. الفيروز، أبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق، ص 1069.
2. المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس، عطية الصولحي، عبد الحليم المنتصر محمد خلف اللّه أحمد ج 12، ص 217. ابن منظور، لسان العرب، مرجع سبق ذكره، مج 7، ص 830.
3. سورة آل عمران، آية رقم 173
4. سورة إبراهيم الآية رقم 14.
5. البهوتي، منصور بن يونس، بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ت هلال مصيلحي، مصطفى، دار الفكر، بيروت 1902م، ج 3، ص 461.
6. الكمال بن الهمام، تكملة فتح القدير، سبق ذكره، ج7، ص 50.

والتصرف يشمل التصرفات المالية، من بيع وشراء وغيرهما، من كل ما يقبـل النيابـة شرعا، كالإذن بالدخول.

وقال الشافعية: الوكالة: " تفويض شخص ماله فعله، مما يقبل النيابة إلى غيره، ليفعله في حياته..." .[1]

والتقيد: هنا بالحياة للتميز عن الوصية، وفي المال تفويض التصرف إلى الغير، وتـسليم المال إليه ليتصرف فيه.

ويسمى المستنيب موكلا، والمستناب وكيلا ومحل الوكالة، موكلا به.[2] ومقتضى كـل هذه التعريفات هو واحد، وهو التفويض من شخص لآخر ليتصرف فيما يخصه، واعتماده عليه في الحفاظ بصورة شرعية.

ثالثا: الحكمة من مشروعية الوكالة.

إنّ الأصل في الأمر، أن يقوم الإنسان بحفظ حاجاته والتصرف في أمواله وفيما يخـصه، وقد يتعذر عليه ما ذكر، نظرا لكثرة عمله أو لعدم وجوده لسفر، أو لعجزه عن القيام بالحفظ على أملاكه، وما يخصه فيحتاج إلى شخص يقوم مقامه في حفظ ممتلكاته، وفي الـسهر علـى حقوقه، فيوكل غيره، مقامه حرصا على منافعه.[3]

رابعا: مشروعيتها

هي مشروعة، وجائزة بنصوص الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

الكتاب:

قوله تعالى: إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها .[4]

والمراد بالعاملين عليها: السعاة والجباة الذين يبعثهم الإمام الحاكم لتحصيل الزكاة، فاللّه سبحانه وتعالى جوز العمل على الصدقات، وهو بحكم النيابة عن المستحقين.

1.الشربيني، مغني المحتاج، مصدر سبق ذكره، ج2، ص 217.
2.سميح عاطف الزين ، العقود ، دار الكتب اللبناني، د، ت، ط، ص 542.
3.كامل موسى، أحكام المعاملات، ص 190، بتصرف
4.سورة التوبة، الآية رقم 60.

وجه الدلالة

- إنّ العاملين على جمع الزكاة، وتوزيعها يقومون بعملهم على سبيل الوكالة.[1]

- وجماع الزكاة: "هم الذين يقومون لتحصيلها ويوكلون على جمعها".[2]

وقوله تعالى: فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة .[3]

فهذا يفيد الوكالة بحكم ما حصل من تفويض أهل الكهف، إلى شخص منهم.

ب. من السنة

- ما روي عن النبي صلى اللّه عليه وسلم، أنه وكل حكيم بن حزام،[4] بشراء الأضحية ووكّل عروة البارقي،[5] فلما سأل رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم، شيئا أعطاه علامة، وقال " ائـت وكيلي بخير، ليعطيك ما سألتني، ذه العلامة".[6]

1.ابن قدامة ، المغني، ج5، ص21.

2 .انظر، أبي بكر محمد بن عبد اللّه المعروف بابن العربي، متوفي 468، أحكام القـرآن، تحقيـق محمـد البجاوي، دار الجبل، بيروت، ص 534.

وانظر كذلك، أبي عبد اللّه محمد بن احمد الأنصاري، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ط 5، 1417هـ ـ، م1996، ج7-8، ص.113

3.سورة الكهف، الآية رقم 19.

4.حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصي بن كلاب أبو خالد القرشي الأسدي أسلم يوم الفتح كان من أشراف قريش، عم خديجة، ولد قبل عام الفيل بثلاث عشرة سنة وتوفي من أول خلافة معاوية، وقيل عاش 120 سنة، انظر سير أعلام النبلاء، ج3، ص44 الذهبي مؤسسة الرسالة، بيرو 1413، ط 9 ، تحقيق ، شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرق سوسي.

5.عروة البارقي، هو عروة بن أبي جعد البارقي ، و بارق من الأزد واسم أبي جعد ، سعد بن عدي مـن حارثة بن عمر عامر بن حارثة من ثعلبة من بني مازن بن الأزد، صحب النبي صلى اللّه عليه سلم، كـان قاضيا بالكوفة قبل شريح، انظر الطبقات الكبرى ، ابن سعد ، دار صادر ، بيرو، ج6، ص 34.

6. أخرجه ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: عبد الله الهاشم اليماني المـدني، دار المعرفة، بيروت(د ت ط ت) ج2 ص174 حديث رقم 838. وعبد الله بن يوسف أبو محمد الزيلعي، نصب الراية، تحقيق محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر 1357هـ ، ج4 ص94.

- وما روي عن عبد اللّه بن جعفر[1] رضي اللّه عنه، قال: " كان علي،[2] كرم اللّه وجهـه لا يحضر خصومة أبدا، وكان إذا خوصم في شيء من أمواله، وكلّ عقيلا [3] ".[4]

وهذا دليل على جواز التوكيل بالخصومة.

ج. الإجماع:

إنّ الأمة جميعها أجازت الوكالة من غير أن يخالف فيها أحد من الأئمة، وهذا الإجماع ناجم عن كون الإنسان عاجز عن القيام بمصالحه المشروعة كلها، فكانت الوكالة نوعـا مـن أنواع التعاون على البر والتقوى، يستعين فيها الإنسان على قضاء بعض حوائجه بواسطة غيره[5]

1. عبد اللّه بن جعفر، بن أبي طالب بن عبد المطلب، بن هاشم الهاشمي، أبو محمد ولد بأرض الحبشة عندما هاجر أبوه إليها وهو أول من ولد ا من المسلمين، توفي سنة ثمانيين للهجرة، وقيل خمسة وثمانيين وقيـل سبعة وثمانيين.، انظر الإصابة في تميز الصحابة، ابن حجـر العـسقلاني، ج4، ص42، ط1، 1992، دار الجيل، بيروت، تحقيق على محمد البجاوي.

2. على بن أبي طالب هو الصحابي الجليل الفقيه علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بـن عبـد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة أسلم وهو إن ثمان سنين فكان أول من اظهر إيمانه من الصبيان وهو ابن 15 سنة، تزوج فاطمة بنت الرسول صلى اللّه عليه وسلم، شهد بدرا، استشهد يوم الجمعة 17 رمـضان سنة 40 هـ حيث قتله عبد الرحمان بن ملجم غيلة في صلاة الصبح.، انظر سليمان بن احمد أبو القاسـم الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد ا يد الـسلفي، ج1 ص 92، ص 95، ط2، 1404هـ ـ 1983م، مكتبة العلوم والحكم الموصل

3. عقيلا، هو عقيلا بن أبي طالب الهاشمي، شهد بدرا مشركا وقد اخرج إليها مكرها، فأسر ولم يكن له مال ففداه عمه العباس هاجر سنة ثمان للهجرة وشهد مؤتة أطعمه الرسول بخيبر مئة وأربعين وسقا كل سنة، قيل انه توفى زمن معاوية، الزركشي ، سير أعلام النبلاء، مرجع سبق ذكره، ج1، ص 218.

4. الزيلعي ، عبد الله بن يوسف أبو محمد الحنفي، نصب الراية، تحقيق محمد يوسف البنوري، دار الحديث، مصر، 1357هـ ، دون تاريخ طبعة، ج4، ص 94.

5.سميح عاطف الزين، مرجع سبق ذكره، ص 542.

وما نشاهده اليوم من توكيل المحامين، أو غيرهم للدفاع عن حقـوق المتخاصـمين أو لتأمين حقوق موكلهم، وهو من الوكالة الجائزة في الشرع، ما لم يخرج الوكيـل عـن غايـة الوكالة في الأصل، ويسعى في أمور تخالف الشرع، أو ما لم يلجأ الموكل المذنب إلى التوكيـل للتهرب من القصاص أو العقوبة، أو عدم أداء حق لصاحبه، ففي مثل هـذه الحالـة يكـون التصرف سواء من الموكل، أو الوكيل، غير جائز شرعا.

د.المعقول

" ثبت بالاستقراء أنّ الشارع قصد مصالح العباد، وأنّ أحكام المعاملات تـدور مـع المصلحة فيما دارت ".[1]

وعقد الوكالة أذن اللّه فيه للحاجة إليه وقيام المصلحة به، إذ يعجز كل أحد عن تناول أموره، إلا بمعونة من غيره، فيستنيب من يريحه حتى جاز ذلك في العبادات، لطفا منه سـبحانه وتعالى، ورفقا بضعفة الخليقة.[2]

الفرع الثاني: الوكالة في القانون المدني الجزائري

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى موضوع الوكالة، في الباب التاسع من الفصل الثـاني، حيث تناول عناصر الوكالة في القسم الأول، وتناول أثارها في القسم الثاني، وكيفية انتهاؤها في القسم الثالث، من المادة 571 إلى المادة 589 من القانون المدني الجزائري.

حيث عرف الوكالة بقوله: " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا أخر، للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".[3]

فالوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل، بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، " ولقـد ـافت فقهاء القانون على التعريف بالوكالة، فأجمعوا على أنها من حيث موضوعها عقد تمثيل

1.الشاطبي، أبي إسحاق الشاطبي 790هـ، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، دون ذكر معلومات أخرى، الموافقات، ج1، ص305.

2.انظر في هذا ابن العربي، مرجع سابق، ج3، ص 1228.

3. المادة 571 من القانون المدني الجزائري، وزارة العدل، ص 136.

أو تفويض، واختلفوا حول محلها أو وظيفتها، ولم يتوصلوا حتى الوقت الحاضر إلى تعريف موحد ودقيق بهذا الخصوص، مما انعكس في بعض الأحيان بلبلة في التشريع والاجتهاد..."[1].

وعليه فالوكالة طبقا لنص المادة 571 ق م ج، هي عقد اتفاق، بين الوكيل والموكل بالتزام القيام بأعمال مادية أو تصرفات قانونية، وعليه ما يمكن استنتاجه، أنّ الوكالة من حيث موضوعها عقد تمثيلي، أما من حيث محلها أو وظيفتها فهناك اختلاف خاضع لضوابط وتحديدات، تختلف بين كل قانون وآخر.

أما فيما يخص القانون المدني الجزائري، فإنّ المشرع الجزائري لم يحدد تحديدا دقيقا وظيفة الوكالة، وبمعنى أدق لم يحدد ماهية الأعمال التي يمكن أن تكون موضوعا للوكالة بدليل، أنه بعد أن قام بتعريف الوكالة، راح يعدد الأعمال التي يمكن أن تكون محلا لها واضعا تلك الأعمال بأنها قضية أو عدة قضايا، وبأنها عمل أو جملة أعمال وأفعال.

وعليه فإنّ المشرع الجزائري، لم ينص بصريح العبارة على أنّ موضوع الوكالة، هو عمل مادي، أو تصرفا قانونيا.

وإذا كان الوكيل يلتزم في عقد الوكالة بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، فإنّ هذا لا يعني، أن الوكيل قد لا يقوم إلى جانب عمله القانوني بأعمال مادية تابعة، أو متممة لعمله القانوني الأصلي، ويبقى العقد عقد وكالة، وهذا ما نلاحظه صراحة من خلال نص المادة السالفة الذكر 571.

الفرع الثالث: المقارنة بين الفضالة والوكالة

وكما سبق بيانه، نجد أنّ التقنين المدني الجزائري، نص على تقريب الفضالة من الوكالة، حيث قال:" تسري قواعد الوكالة إذا أجاز رب العمل ما قام به الفضولي".[2]

من خلال هذه المادة يتبين أنّ هناك أوجه للاختلاف، وأوجه للاتفاق، والتداخل بين هذين المصطلحين، وعليه نبدأ بأوجه الاتفاق.

1.شربل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد، دون تاريخ طبعة، ولا تاريخ نشر، ص 13

2. المادة 152 من ق، م، ج، ص31.

أ. أوجه الاتفاق

تتفق الوكالة مع الفضالة فيما يلي:

- إنّ الفضالة والوكالة مصدران للنيابة، فالنيابة في الفضالة قانونية، وفي الوكالة اتفاقية، " وقد تكون الوكالة بلا نيابة، وأنّ النيابة قد تكون بلا وكالة، كالنيابة القانونية، والفضالة".[1]

- في كلا النظامين يقوم الشخص بعمل لحساب شخص آخر- الغير- فينصرف أثر العقد الذي أبرمه الفضولي باسم رب العمل، أو الوكيل باسم الموكل مباشرة إليهما، سواء عمل الوكيل باسم الموكل، أم باسمه الشخصي، فإنه يعمل في كلتا الحالتين لحساب الموكل.

- كل من الفضولي والوكيل، يسترد ما تكلفه من مصروفات، ويعوض عما أصابه من ضرر، في القانون.

- كلا النظامين تبرع، من وجهة نظر فقهاء الشريعة.

ب. أوجه التداخل

البعض يرجع الفضالة إلى وكالة، ونصوا عليها في شبه العقود، وألحقوها بالوكالة، كما صرحت بذلك المادة 152 ق، م، ج السالفة، مما يجعل هاذين النظامين متداخلين وخاصة عندما يقوم رب العمل بإقرار عمل الفضولي، فينقلب عمله إلى وكالة، كما تنقلب الوكالة إلى الفضالة، إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته، أو استمر في العمل بعد انتهاء وكالته.

ج. أوجه الاختلاف

- إنّ الفضالة نظاما مختلفا فيه بين فقهاء الشرع الإسلامي، على خلاف الوكالة التي هي محل إجماع بين فقهاء الشريعة.

- مصدر الفضالة عمل مادي أو تصرف قانوني، يقوم به الفضولي بإرادته المحضة لتأدية خدمة للغير، بينما مصدر الوكالة اتفاق، يقوم بين الوكيل والموكل.

"قد تكون الوكالة عقدا متبادلا عندما ينفق الوكيل المصاريف، ويتكبد الأضرار بمعرض تنفيذ الوكالة، حيث يكون الموكل ملتزما، والحال ما ذكرت برد المصاريف إلى الوكيل، وبتعويضه

1. شربل ، طانيوس صابر،عقد الوكالة، في التشريع والفقه والاجتهاد، ، سبق ذكره، ص18.

عما أصابه من أضرار، وقد تكون عقدا غير متبادل عندما تكون الوكالة مجانيـة، ولم ينفـق الوكيل المصاريف، ولم يتكبد الأضرار".[1]

- الفضولي يقوم بتصرف قانوني أو بعمل مادي، أما الوكيل فلا يقوم إلا بالتصرفات القانونية، وهذا " أهم ما يميز عقد الوكالة عن سائر العقود، فإذا كان الوكيل يلتزم في عقد الوكالة، بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، فإنّ هذا لا يعني، أنّ الوكيل قد لا يقوم إلى جانب عملـه القانوني، بأعمال مادية تابعة، أو متممة لعمله القانوني الأصلي، ويبقى العقد عقد وكالـة، لا عقد عمل أو مقاولة "[2]

- في الوكالة الموكل يختار وكيله، ويعهد إليه القيام بعمل ما، أما رب العمل في الفضالة لم يختر الفضولي، ولم يعهد إليه بالقيام بعمل ما، بل يتولى الفضولي أعمال رب العمـل لـضرورة... فيحقق منفعة أو مصلحة، مما يؤدي إلى نتيجة مفادها أن تكون التزامات رب العمل، أخـف نسبيا من التزامات الموكل، والتزامات الفضولي، أشد قليلا من التزامات الوكيل.[3]

- الفضولي ملزم بأداء العمل الذي شرع فيه، وليس له أن يتوقف عنه إلا إذا وقفه رب العمل، على خلاف الوكيل الذي له حق التوقف – بصفة عامة - عن العمل، بفسخ الوكالة، باعتباره يعمل لأوامر الموكل، الذي لا يخاف على مصالحه إذا تنازل الوكيل عن أداء مهامه، لأنّ الموكل يستطيع القيام ا بنفسه.

- الفضولي ملزم كذلك بإخبار رب العمل بالعمل الذي يقوم به، حتى يكون على دراية بذلك، ، أما الوكيل فلا يلزمه ذلك، لأنه أصلا موكله هو الذي وكله، وكلفه بإذنه.

- في الفضالة نجد الفضولي مستقلا، وليس تابعا في عمله لرب العمل، بينما في الوكالـة نجـد الوكيل تابعا، باعتباره يعمل بأوامر الوكيل، فيكون هذا الأخير مسؤول عن كـل الأخطـاء الصادرة عن الوكيل، على عكس علاقة الفضولي، و رب العمل.

- تختلف الوكالة عن الفضالة في القانون، في أنه يمكن أن تكون الوكالة عقد معاوضة أو ذات عوض، وذلك عند اشتراط الأجر أو عند توافر ظروف خاصة تقتضيها طبيعـة العمـل محـل الوكالة، (وظيفة الوكالة) أو عند وجود عرف يقضي بدفع الأجر، كما يحق للوكيل أن يتفق

1.انظر عبد الرزاق السنهوري، ، مصادر الحق، مرجع سابق، ج7 ،ص 273.

2.انظر، شربل طانيوس صابر، مرجع سبق ذكره، ص 18.

3.السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ، مرجع سابق ،ج1، ص 1271.

مع موكله على أجر،[1] أما الأجر بالنسبة إلى الفضولي ورب العمل مستحيلا وإذا وقـع فهـو خلاف لما هو معمول به.
- أما إذا جئنا إلى الأهلية، فذاك كلام آخر وسنتناوله في موضعه.

خلاصة

يظهر من خلال ما تم تدوينه، أنه يمكن اعتبار الفضالة وكالـة، بـالنظر إلى النقـاط المشتركة بينهما- أو شبه وكالة - لكن الحقيقة هي أنّ الفضالة نظاما قائمـا بذاتـه، وهـذا استنبطناه من خلال مما ذكرناه، في مواطن الاختلاف الكثيرة، بين الفضالة والوكالة.

1. المادة 1، ق، م، ج58. ص138.

المطلب الثاني: الفضالة والإثراء بلا سبب

في هذا المطلب سأتناول نظام الإثراء بلا سبب، من خـلال تعريفـه في اللغـة، وفي الاصطلاح، وكذا تعريفه في القانون المدني الجزائري، ثمّ موقف الشريعة الإسلامية منه.

الفرع الأول: الإثراء بلا سبب في الشريعة الإسلامية

أ. معنى الإثراء بلا سبب في اللّغة. [1]

الإثراء والثراء مصدر من الفعل ثري، يقال ثرى يثري وإثراء أي: صار ذا ثراء، والثروة، كثرة العدد من الناس أو المال، يقال: ثروة رجال، وثروة مال.

وثرى المال نفسه يثرو إذا كثر، وأثرى الرجل، كثرت أمواله، ويقال ثرى الرجل يثري ثراء وثراء ممدود، وهو يثري إذا كثر ماله، وكذلك أثري فهو مثري.

ب. المصطلح القرآني خير المصطلحات

إذا قارنا المصطلح القانوني للإثراء على حساب الغير، أو الإثراء بلا سـبب مـشروع وغيرها من المصطلحات، بالمصطلح الذي عبر عنه القرآن الكريم قوله تعالى: **يا أيها الـذِين آمنوا لا تأكُلُوا أموالكُم بينكُم بِالْباطِلِ إلا أنْ تكُونَ تِجارةً عن تراضٍ مِـنكُم ولا تقْتلُـوا أنفُسكُم إن الله كانَ بِكُم رحِيماً** ، [2] فأكل أموال الغير بالباطل، يصبح في مقابلة المـصطلح القانوني.

إنّ تعبير أكل أموال الغير بالباطل، "لم نرض له بديلا لما فيه من دقة وشمول، فهو عام في جميع الأسباب الباطلة الغير المشروعة- الفاسدة- منها والمحرمة، وعام في الأموال المادية منـها والمعنوية، وعام في الأشخاص، كما هو عام في الزمان والمكان، وفيه دقة وإيجاز لا يمكـن أن يضاهي". [3]

1.ابن منظور، لسان العرب، سبق ذكره، ص 11.

2.سورة النساء، آية رقم 29.

3.عايش رجب مجيد الكبيسي، الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنـة بالقانون رسالة دكتوراه، 2001 ط1 الإصدار الأول، 2001 الناشر الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيـع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان وسط البلد، ساحة الجامع الحسيني، عمارة الحجيري، ص 30.

وعليه فإنّ استعمال مصطلح الإثراء بلا سبب، قريب من معنى الإثراء بالباطل، أو أكل أموال الناس بالباطل، المنهي عنه بصريح الآية السالفة.[1]

ج. الإثراء بلا سبب في الشريعة الإسلامية

تحتل دراسة الشريعة الإسلامية أهمية خاصة في الوقت الحاضر في الدول العربية، وذلك على إثر التوجه إليها، لا باعتبارها مصدرا رسميا احتياطيا فحسب بـل باعتبارهـا المـصدر الأساسي للتشريع، مما يستدعي الأمر، من ولاة هذه الدول الاهتمام والرعاية من أجل تقـنين أحكام الشريعة.

في خضم هذه الظروف يثور التساؤل، كما أثير في ظل الأنظمة القانونيـة، عمـا إذا كانت الشريعة الإسلامية قد عرضت للإثراء بلا سبب كمصدر عام للالتزام؟ أم أنه لا يوجـد في ظل هذه الشريعة سوى مجرد تطبيقات فقط ؟

" حقا إنّ الفقه الإسلامي لم يهتم بالنظريات العامة، ولكنه أهـتم بـالحلول العمليـة والتطبيقات، ومع ذلك ففي مجال الإثراء على حساب الغير، نجد اهتمام الشريعة بصفة عامـة أنها عرفت الإثراء في حدود أضيق من نطاق القانون الروماني، ذلك أنّ إعطاء كل ذي حـق حقه من المسلمات في الشريعة الإسلامية، وبما أنّ العدالة هي أساس الالتزام برد ما أثـري بـه الشخص دون سبب، هي من الدعامات التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية".[2]

ولا يفوتنا في هذا المقام الإشارة، أنّ الالتزام برد ما أثري به الشخص دون سبب إنمـا يستند إلى مصادر متعددة في ظل الشريعة الإسلامية، والأدلة التي يمكن تقديمها في هذا الصدد لا تدع مجالا للشك، في اعتبار الإثراء دون سبب مصدرا عاما في الفقه الإسلامي، وفي القـرآن، والسنة، ما يثبت ذلك.

1.سورة النساء، آية رقم 29.

2. توفيق حسن فرج، الإثراء بلا سبب " الكسب غير المشروع " النظرية العامة للإثراء بلا سـبب الـدار الجامعية، 1992، ص 73.

1. الكتاب:

- قوله تعالى: **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً** .[1]

وجه الاستدلال من الآية: إنّ الآية ت أن يأكل بعض الناس، مال بعضهم بالباطل، والنـهي عن الأكل يتضمن، النهي عن إتلافه واستغلاله واستعماله، حيث شاع استعمال لفظ الأكـل كناية عن الإنفاق، وهو أكل المال وصرفه.

والمراد بالباطل هنا، هو ما لا يحل شرعا، ولا يفيد مقصودا،[2] كالغـصب والـسرقة، والخيانة، وجحد الحق، وأخذ المال باليمين الكاذبة، وما يؤخذ من الإنسان بغير عوض.[3] وعليه الآية تدل على حرمة التصرف في أموال الغير وحقوقه، إلا برضاه وإذنه.

- قوله تعالى: **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله واللـه عزيز حكيم** .[4]

وجه الاستدلال:

إنّ اللّه شرع حد السرقة لردع السارق من التعدي على أمـوال النـاس، وممتلكـا م وأخذها بغير وجه مشروع، فحماية لهم، ولأموالهم من عبث العابثين، ومن خلالها دف الآية كذلك إلى حماية أموال الناس من تدخل أو تصرف الغير فيها.

2.السنة:

- لقوله صلى اللّه عليه وسلم:" إنّ دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم، حرام عليكم، كحرمـة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا".[5]

1.سورة النساء آية رقم 29.
2.ابن العربي، أحكام القرآن، مرجع سبق ذكره، ص 97.
3.الفخر الرازي، التفسير الكبير، مرجع سبق ذكره ج10/ ص 75.
4.سورة المائدة آية رقم 38.
5.البخاري، صحيح البخاري م.س، ج2 ص620 حديث رقم1654. ومسلم في صـحيحه، م.س، ج3 ص1305، حديث رقم 1679.

وجه الاستدلال من الحديث:

فمن غصب شيئا أو أخذه بغير حق، ببيع محرم، أو هبة محرمة، أو بعقد فاسد وهو يظن أنه له، ففرض عليه أن يرده إن كان حاضرا، أو ما بقي منه إن تلف بعضه أو أقله أو أكثـره، ومثل ما تلف منه أو يرده، ومثل ما نقص من صفاته أو مثله إن فاتت عينه، برهان ذلـك مـا ذكرناه آنفا من الكتاب والسنة.[1]

- عن الحسن البصري[2] عن سمرة بن جندب[3]، أنّ رسول اللّه صلى الله عليه وسلم قال: " على اليد ما أخذت حتى تؤديه" [4].

- وعن سمرة أيضا، أنّ رسول اللّه صلى الله عليه وسلم قال: "إذا سرق من الرجـل متـاع أو ضاع منه، فوجده بيد رجل بعينه، فهو أحق به، ويرجع المشترى على البائع بالثمن".[5]

- وقوله صلى الله عليه وسلم:"كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه".[6]

هذا ونجد الأمر نفسه في كتب الفقه، وما دونه الفقهاء من نصوص في هذا المعنى- الإثراء بـلا سبب- منها.

1.ابن حزم، المحلى، مج، 5 ج 7 ص135 بيروت.

2. الحسن البصري هو: الحسن بن أبي الحسن، يسار أبو سعيد مولى زيد بن ثابت الأنصاري، تابعي، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب نشأ بوادي الفرس، وكان سيد أهل زمانه علما وعملا، وكان من شيوخ أهل البصرة، توفى في رجب سنة 110هـ.، انظر الذهبي، سير أعلام النبلاء: ج4، ص 563.

3. هو سمرة بن جندب، بن هلال، بن حريج، بن مرة أبو سليمان، كان من حلفاء الأنصار، نزل البصرة وكان زياد يستخلفه عليها إذا سار إلى الكوفة وكان شديدا على الخوارج وكان الحسن وابن سيرين يلتقيان عليه توفى سنة 59 هـ حيث سقط في قدر مملوء ماء حارا: ابن حجر العسقلاني، ج3، ص178

4. أخرجه الحاكم، المستدرك، م.س ج2 ص55 حديث رقم 2302، قال الحاكم: حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه.

البيهقي في السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار البـاز، مكـة المكرمـة 1994م، ج6 ص90-95 حديث رقم 11262.

5.أخرجه الإمام أحمد في مسنده، مؤسسة قرطبة، مصر، ج5 ص13 حديث رقم11059.و البيهقي، السنن الكبرى، م.س ج6 ص51 حديث رقم 11059.

6.صحيح مسلم، م.س، ج4 ص1986، حديث رقم 2563.

ما جاء في المحلى:" فصح أنّ ما حرم اللّه تعالى فهو حرام وما أحل فهو حلال، فمـتى أخذ مال بغير الاسم الذي أباح اللّه تعالى به أخذه، كان باطلا بنص القرآن".[1]

كذلك ما جاء في الرسالة:" وأصل مال الرجل محرم على غيره إلا بما أبيح به مما يحـل، فإذا عقد عقدة البيع منهيا عنها لا يحل إلا بما أحل به ولم يحل المحرم بمحرم وكان على أصـل تحريمه حتى يؤتي الوجه الذي أحله اللّه جلّ ثناؤه به في كتابه أو على لسان رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أو إجماع المسلمين أو ما هو في مثل معناه".[2]

وفي المدونة: " قلت: أرأيت أن أكراني إبله وتركها في يدي، فأنفقت عليها، أيكون لي على المكري النفقة التي أنفقتها عليها؟ قال مالك: نعم يكون عليه ما أنفق عليها".[3]

ولاشك أنّ هذا بعض ما جاء في القرآن والحديث وما كتبه الفقهاء في كتبهم ومتو م، ولكن ما ينبغي الإشارة إليه هنا هو أنّ روح الشريعة الإسلامية بصفة عامة تؤكد إعطاء كـل ذي حق حقه، وعدم أخذ أموال الناس بالباطل دون سند شرعي، ولا يمكن أن ننكر، أنّ الإثراء على حساب الغير دون سبب، إنما هو نوع من أكل أموال الناس بالباطل، والذي تكلمنا عن النهي عنه فيما سلف، ويتحقق أكل أموال الناس بالباطل، إذا تم أخذ المال دون رضى صاحبه المأخوذ منه.

ويصعب علينا المقام هنا أن نتتبع حيثيات هذا الموضوع واستقصاء أحكامـه في الفقـه الإسلامي، وكذا الدراسات الفقهية، لأنّ الغرض من التعرض لهذا الموضوع هو فقط للمقارنـة بينه وبين مصطلح الفضالة، وبالتالي تتبع جزئيات هذا الموضوع، لا يعنينا بالدراسة، وإن كـان هذا الموضوع فعلا، يحتاج إلى دراسة خاصة به.

1.ابن حزم، أبو محمد على بن أحمد بن حزم الظاهري الأندلسي، المتوفى سنة 456 ج7، ص350.

2 .الإمام الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي، أبو عبد الله متوفى 204هـ، الرسالة، القاهرة، 1358هـ، 1939م، ص 348.

3. ابن القاسم، عبد الرحمان بن القاسم بن خالد العتقي المتوفى سنة 191هـ، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس برواية سحنون- عبد السلام بن سعيد التنوخي- عن ابن القاسم عن الإمام مالك، طبعة دار صادر ج11/ص500.

و في هذا الإطار بين الفقه الإسلامي، ما انتهى إليه الأمر عن طريق صياغة قاعدة كلية واضحة، قننتها مجلة الأحكام العدلية، في المادة 97 بقولها:" لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سب شرعي".[1]

وعلى ضوء ما سبق، لا نرى مجالا للتردد في القول، أنّ الشريعة الإسلامية قد أقرت المبدأ العام في عدم الإثراء على حساب الغير دون سبب، وجعلت منه مصدرا عاما للالتزام بالرد، ولا شك في أنّ كل التطبيقات التي اهتم الفقه الإسلامي بإبرازها والتعرض لها في صور شتى لا تتناهى، إنما هي تعبير صادق عن موقف الشريعة الإسلامية، بالنسبة إلى هذا الموضوع، وهي في مجملها تطبيق لمبدأ عام مقتضاه، عدم الثراء على حساب الغير دون سبب.

د: الإثراء بلا سبب كمبدأ عام في الشريعة الإسلامية

إنّ التزام من أثري دون سبب برد ما أثري به، قد أخذ به - باعتباره مبدأ عاما- في ظل الشريعة الإسلامية، وإذا كان الفقه الإسلامي لم يبرز المبدأ في الصورة التي يبرز فيها كنظرية عامة في التشريعات الحديثة، فإن الحلول العملية المتعددة والتي أوردها الفقهاء في كافة ا الات، والفروض التي عرضوا لها، تكشف بوضوح عن عمق الفكرة في أذها م، و أصالتها في هذه الشريعة وقوامها، فإنها هي أساس عدم الإثراء على حساب الغير دون سبب.

" وإننا نقف تماما مع من ذهب إلى أنّ رجال الفقه الإسلامي لم يهملوا ناحية التقعيد، وأنّ عمادهم عند الاستنباط في غالب الأحوال هو تلك القواعد الكلية، فكل مجتهد كان يستعرض النصوص الواردة في نوع واحد من الأحكام، وبعد معرفة ناسخها ومنسوخها، وعامها، وخاصها، ومطلقها، ومقيدها، يستخلص منها قاعدة عامة يطبقها على الوقائع الجزئية".[2]

وإذا كان البعض قد ذهب إلى أنّ الفقه الإسلامي لا يعترف بالإثراء بلا سبب، كمصدر عام وأن ما جاء فيه أقل مما جاء في القانون الروماني، فإننا نقول أن هذا لم يصدر عن دراسة لهذا الفقه الذي حفل بكثير من التطبيقات والفروض، وكلها دون شك إعمالا لمبدأ عام،

1. علي حيدر، در الحكام، شرح مجلة الأحكام. المادة 97 ص 86.
2.أحمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص 189، 195.

هذا المبدأ الذي تركز في الآيات والأحاديث وأقوال فقهاء الشريعة الإسلامية التي سبقت الإشارة إليها، و المادة التي وضعتها مجلة الأحكام العدلية، [1] كلها أدلة تثبت ذلك.

ولا شك أنّ هذا يكرس الفكرة التي هي جوهر نظرية الإثراء، فلا ينبغي أن يستفيد أحد، أو أن يثري على حساب آخر دون سبب شرعي.

وإذا كان الفقه الإسلامي قد انتهى في بعض الحالات، إلى عدم جواز إلزام المثري برد ما أثرى به، فإنه قد بنى هذا على أساس أنّ المفتقر أومن أدى مالا للغير إنما قد أداه متبرعا، إذ لا يلتزم المثري في مثل تلك الفروض بالرد نظرا لأنّ لإثرائه سببا، وقد قصد التبرع فإذا انتفي هذا القصد لم يكن للإثراء سبب، ويتعين الرد، إعمالا للمبدأ العام.

وقد علق أحدهم، على ما اتجه إليه البعض في هذا الصدد بقوله: "ونحن نعتقد أنّ هذا الرأي تعبير صادق، عن موقف الفقه الإسلامي من مبدأ رد الإثراء".[2]

خلاصة

وخلاصة القول، إنّ الفقه الإسلامي يتضمن مبدأ الالتزام برد الإثراء الحاصل على حساب الغير دون سبب كقاعدة عامة، لا مجرد حلول أو تطبيقات خاصة لا ترجع إلى مبدأ عام.

وإنّ الحلول التي صدرت عن الفقه الإسلامي في المسائل التي تعتبر من وجهة نظر القانون الحديث، تطبيقات لقاعدة الإثراء على حساب الغير، يمكن أن تعد أدلة على أن ذلك الفقه الإسلامي التقليدي، قد صدر في هذه الحلول عن قاعدة الإثراء نفسها... فإنّ مرجع ذلك في نظرهم، اعتبار المفتقر متبرعا ليس في نيته الرجوع على المثري...."[3].

1. المادة 98 " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي" مجلة الأحكام العدلية.
2. جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، الإثراء بلا سبب على حساب الغير كمصدر عام للالتزام، القاهرة، 1981، ص51.
3. أشار إليه مرقس سليمان، الإثراء على حساب الغير، مرجع سبق ذكره،ر ص51.

والآن نقول، أنّ الفقه الإسلامي لا يعترف بوجه عام بالإثراء بلا سبب مصدرا للالتزام، فلو أنّ زرعا كان بين اثنين، فغاب أحدهما وأنفق الآخر، يكون متبرعا.[1]

ويستثنى مما تقدم أن يكون المفتقر مضطرا إلى الإنفاق، إذ المضطر ليس بمتبرع، فلو بنى صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه، أو إذن الحاكم لا يكون متبرعا، ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفل، لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم، فالحاكم لا يجبر صاحب السفل على بناء سفله لعدم تعديه، وهذا بخلاف الزرع الذي غاب أحد صاحبيه فأنفق الآخر، والفرق أنّ هذا غير مضطر، لأنّ شريكه لو كان حاضرا يجبره القاضي على الإنفاق، ولو كان غائبا يأمر القاضي الحاضر به ليرجع على الآخر، فلما زال الاضطرار كان متبرعا.[2]

وتطبيقا لهذا المبدأ يكون الإثراء بلا سبب، مصدرا للالتزام في الأحوال التالية:

- حالة من يضطر للقيام بخدمة للغير، درءا لمضرة عن نفسه كما لو قضى الولد، دين أبيه، وافتك ماله المرهون في هذا الدين، لم يكن متبرعا، ويرجع بجميع ما قضى على أبيه لأنه مضطر إلى قضاء الدين، إذ لا يمكنه الوصول إلى ملكه إلا بقضاء الدين كله، وكما لو استعار من إنسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن، ثمّ أنّ المعير قضى دين المستعير وافتك الرهن، أنه يرجع بجميع ما قضى على المستعير.[3]

- وإذا اختلط ملكان قضاء وقدرا، فمالك الأكثر يملك الاثنين معا، ومالك الأقل يرجع بقيمته على مالك الأكثر، إلا إذا اتفقا على غير ذلك، وإن كانت قيمة الشيئين يباع عليهما، ويقتسمان الثمن،[4] مثل لؤلؤة ابتلعتها دجاجة، إذ يقال لصاحب الأكثر إن شئت أعطيت الآخر قيمة ماله، فيصير لك.

---

1. سليم رستم باز، شرح المجلة- مجلة الأحكام الشرعية-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1923 مج 1، ص62.

2. السنهوري، مصادر الحق، سبق ذكره، ج1/ ص60.

3. الكساني ، بدائع الصنائع، مرجع سبق ذكره، ج6، ص136.

4. توفيق حسن فرج، الإثراء بلا سبب كمصدر عام للالتزام، سبق ذكره، ص69.

وإذا تعامل شخص مع ناقص الأهلية فالعقد باطل، ولكن له الرجوع على ناقص الأهلية بمقدار ما أثري.[1]

الفرع الثاني: الإثراء بلا سبب في القانون المدني الجزائري

لقد اعتبر القانون المدني الجزائري الإثراء بلا سبب هو المصدر الرابع للالتزام، ونص عليه في الفصل الرابع تحت عنوان شبه العقود، و هي مقسمة إلى ثلاثة أقسام، فالقسم الأول الإثراء بلا سبب، والقسم الثاني الدفع غير المستحق، والقسم الثالث الفضالة.

وعليه فمصدر الالتزام الرابع هو الإثراء بلا سبب مع تطبيقا ما دفع غـير المـستحق، والفضالة، فنص عليه في المواد (141- 142)[2].

ولقد نصت المادة 141 من القانون المدني الجزائري، على ما يلي: " كل من نال عـن حسن نية، من عمل الغير أو من شيء له منفعة، ليس لها ما يبررها، يلزم بتعويض مـن وقـع الإثراء على حسابه، بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء".[3]

وعليه فالإثراء هو : " كل منفعة مادية أو معنوية، يمكن تقويمها بالمال كاكتساب مـال جديد من المنقولات أو العقارات أو الانتفاع به بعض الوقت، أو انقضاء دين أو تجنب خسارة محققة أو إشباع حاجة مادية أو معنوية، مادام يمكن تقدير هذه الحاجة في ذا ا، أو من ناحيـة الافتقار المقابل، كتقدير قيمة العمل الذي قام به المفتقر وتحقق به الإثراء"[4] ، وقد يكون الإثراء إيجابيا، كما قد يكون سلبيا، وقد يكون مباشرا، وغير مباشر.

---

1. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج1، ص 60، وكذا توفيق حسن فرج م، س، ص 69.
2. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ط 5 /2003 الساحة المركزية، بن عكنون، ص 232، 233.
3. المادة 141 القانون المدني الجزائري، ص 29.
4. أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام 1998، دار المطبوعـات الجامعيـة ، المكتبة القانونية الدار المطبوعات الجامعية ص428.

الإثراء الإيجابي: وهو الغالب فيتمثل في إدخال قيمة مالية أو منفعة مادية، في ذمـة المـدين.[1] أو هو إذا أكتسب المثري حقا عينيا أو شخصيا، أو حصل على منفعة مال لمدة ما، كـسكنى م ل بدون عقد إيجار.

الإثراء السلبي: فمثله أن يقوم المفتقر بسداد دين على المثري، كما لو دفع المـشتري لعقـار مرهون - دين الراهن- وأيضا مالك م ل يستخدم متاعا لجاره في إلغاء حريق شب في م لـه فيتلفه، أو أن يقوم المستأجر بالترميمات التي يجب على المؤجر أن يقوم ا.[2]

الإثراء المباشر، إذا انتقلت قيمة مالية مباشرة، من ذمة المفتقر إلى ذمة المثري، سـواء تحقـق الانتقال بعمل المثري أم بعمل المفتقر، ومن أمثلة الإثراء المباشر بفعل المثري، استخدام المثـري أدوات للمفتقر في بناء م ل له.

ومن أمثلة الإثراء المباشر بفعل المفتقر، سداد شخص دينا على آخر، أو قيام المـستأجر بإصلاحات واجبة على المؤجر.

الإثراء الغير المباشر: فهو الذي يقوم بين المدين، وشخص لا تربطه به علاقة،[3] كشخص يبني بأدوات غيره في أرض شخص آخر، أو اتخذ صفة العمل القانوني، كما لو عهد مشتري الأرض إلى مقاول ببناء م ل عليها، ثم فسخ بعد ذلك عقد بيع الأرض فيكون للمقاول الرجوع على البائع بالإثراء الذي تحقق فيدخل المشتري".[4]

أما الإثراء المادي: يتحقق بالمال فينتقل جزء من المال من ذمة الدائن إلى ذمة المـدين، وقد يكون بتقديم مصلحة أو عمل مادي.

الإثراء المعنوي: أن يقوم طبيب بشفاء مريض، أو أن ينجح محام في كسب قضية.

---

1. انظر المواد الخاصة بأحوال الالتصاق المنصوص عليها في المواد 783- 785 من القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 504 الخاصة بمدة عقد الإيجار التي انتهت مدته، ص 179-180-112.
2. انظر نص المادة 479 ق م ج و المادة 480 من ق م ج، ص 105- 106.
3. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 235.
4. أنور سلطان، الموجز، النظرية العامة الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص429.

الفرع الثالث: المقارنة بين الفضالة، والإثراء بلا سبب

كما سبق وأن قمنا بإجراء مقارنة بين الفضالة والوكالة، نقوم هذه المرة كذلك بإجراء مقارنة بين الفضالة و نظام آخر شبيه ا، ألا وهو الإثراء بلا سب، محاولين في هـذا الإطـار ذكر أهم نقاط الالتقاء، والافتراق، والتداخل بينهما، مبتدئين بـ:

أ : أوجه الاتفاق بين النظامين

- إنّ كلا من نظام الفضالة، والإثراء بلا سبب، مصدر غير إرادي للالتزام، فالالتزامات الناشئة في كليهما تنشأ بقوة القانون لا من إرادة المتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة إلى العقود.

- كل من الفضالة والإثراء على حساب الغير، يؤديان إلى نتيجة حتمية هي إثراء لطرف علـى حساب طرف آخر، أو افتقار لطرف على حساب طرف آخر.

- إنّ الفضالة والإثراء يقومان على نفس الأساس، ويستندان إلى نفس السبب، باعتبار أنّ الأمر يتعلق بالتدخل في شؤون الغير، ويترتب على هذا التدخل فائدة لمن كـان العمـل لـصالحه، والعدالة تقتضي أن يدخل من استفاد من هذا في اعتباره إعطاء من تسبب في هـذه الفائـدة لصالحه.[1]

- إذا اعتبرنا أنّ الإثراء هو: عمل مادي تترتب عليه التزامات، فكذلك الفضولي يقوم بعمـل وتترتب عليه التزامات.

ب. أوجه التداخل بين النظامين

- إنّ الإثراء امتداد للفضالة، ويبرز هذا أنّ الفضولي عندما يطلب إلى رب العمل تعويضه عما أنفق أو بذل في إدارة العمل، إنما يستند في الواقع إلى عدم جواز إثراء رب العمل على حسابه بلا سبب، مادام لا يقصد التبرع بما تكلفه في سبيل القيام بالعمل...[2].

ج. أوجه الاختلاف

- إنّ الفقه الإسلامي لا يعترف بعمل الفضولي مصدرا للالتزام، ويعتبر الفـضولي متبرعـا، لا يرجع بشيء على رب العمل، أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فـلا يعتـرف بـه الفقـه الإسلامي، لكن توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب في هذا الفقه، ملزما للمثـري

1.مرقس سليمان، الإثراء على حساب الغير، سبق ذكره، ج5، ص91.
2.مرقس سليمان، المرجع نفسه، ص 92 ، ج5.

على حساب الغير، ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذي افتقر لم يكن له بد من ذلك... فلا يكون متبرعا ويرجع...[1]

وعليه إنّ الإثراء بلا سبب، ليس بمصدر للالتزام في الفقه الإسلامي إلا في حالات، وقد جاء في مصادر الحق،" إنّ الفقه الإسلامي لا يعترف بمبدأ الإثراء بلا سبب ذاته إلا في حدود ضيقة ، أما الفضولي فإنه يعتبر متبرعا، لا يرجع بما أنفق".[2]

- الفضالة تقوم على عنصر ذاتي بحيث يقصد الفضولي تأدية خدمة للغير- رب العمل- تعود عليه بالمنفعة، وتلعب فيه إرادة الفضولي دورا أساسيا، بينما يقوم الإثراء بلا سبب على عنصر موضوعي، لا يقام فيه أي اعتبار لنية المفتقر ولا لإرادته، بل يكفي فيه أن تثري ذمة مالية على حساب ذمة مالية أخرى.

- العلاقة في الفضالة تكون بين رب العمل والفضولي، يعني بين شخصين أما في الإثراء بلا سبب تقوم العلاقة بين ذمتين ماليتين، ولكن نجد أنّ القانون المدني الجزائري قد اشترط حسن النية في الإثراء بلا سبب.[3]

- الإثراء ركن أساسي في قيام الإثراء بلا سبب، بحيث إذا تخلف لا يقوم التزام الطرف الآخر بالرد، في حين أنّ الإثراء لا يعتبر ركنا في الفضالة، إذ لا يتحقق أي إثراء من تدخل الفضولي لصالح رب العمل، ولا يحول ذلك دون حق الفضولي في مطالبته بالمصاريف مادامت المنفعة التي كان يهدف إليها عند الشروع في الفضالة، لم تتحقق لسبب خارج عن إرادته، ومادام قد بذل في قيامه بالفضالة عناية الرجل المعتاد.[4]

1.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،مرجع سبق ذكره، ج 1،ص58.

2.السنهوري، مصادر الحق، دار الفكر، ج1 ص 57، ص1953 ص1954.

3.حسب المادة 141ق م ج، " كل من نال عن حسن نية من عمل الغير، أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء" وزارة العدل ص 29

4. المادة 157 ق م ج " يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل متى كان قد بذل في إرادته عناية الشخص العادي، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبتعويضه عن التعهدات التي التزم ا، وبرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف، وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله، إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته"وزارة العدل، ص 32

- المفتقر في الإثراء بلا سبب ليست بينه وبين المثري أية نيابة،[1] أما الفضولي يعتبر نائبا عن رب العمل.
- في الإثراء بلا سبب نية المتبرع منتفية تماما، وللمفتقر الحق في الحصول على أقل القيمتين في كل حال، بينما نية المتبرع قد تتوافر لدى الفضولي، فلا يسترد ما أنفقه من المصاريف.

خلاصة:

نستنتج من خلال ما تم ذكره، أنّ طبيعة الفضالة تلزم أن تكون نظاما مستقلا عن الإثراء بلا سبب، لا تطبيقا من تطبيقاته باعتبارها مصدرا للالتزام في القانون، وهذا ما نلاحظه من موقف المشرع الجزائري في القانون المدني، حيث اعتبرها كذلك من خلال تقسيمه لشبه العقود إلى ثلاثة أقسام من بينهم الفضالة، والإثراء بلا سبب، ودفع غير المستحق، وهذه نقطة إيجابية تحسب له، لأنه من الصعب أن تقوم الفضالة على أساس أي نظام آخر.

1. نفس المادة

المطلب الثالث: الموازنة بين الفضالة والكفالة

الفرع الأول: الكفالة في الشريعة الإسلامية

أ. الكفالة في اللغة: الكفالة لغة: هي الضم،[1] ومنها:

- قوله تعالى: **فَتقَبلَها ربها بِقَبولٍ حسنٍ وأَنبتها نباتاً حسناً وكَفلَها زكَرِيا كُلَّما دخلَ علَيها زكَرِيا الْمِحراب وجد عِندها رِزقاً قَالَ يا مريم أَنى لَكِ هذَا قَالَت هو مِن عِندِ اللهِ إِن الله يرزق من يشاءُ بِغيرِ حِسابٍ.**[2] أي ضمها إلى نفسه.

وكفل فلان كفلا وكفالة، ضمنه، والكافل العائل يكفل إنسانا أي: يعوله.

- قوله تعالى: **ذَلِك مِن أَنباءِ الْغيبِ نوحِيهِ إِلَيك وما كُنت لَديهِم إِذْ يلْقُونَ أَقْلامهم أَيهم يكْفُلُ مريم وما كُنت لَديهِم إِذْ يختصِمونَ**،[3] أي يعولها وينفق عليها.

والكافل الضامن،[4] كالكفيل يقال كفيل وكافل وضمين، وضامن بمعنى واحد، والكفلاء جمع كفيل، والأنثى كفيل، ويقال في الجمع كفيل، وتكفل بالشيء ألزمه نفسه، وتحمل به، يقال تكفل بالدين أي: التزم به.

وقد خصص العرف الضمين بالمال، والحميل بالدية، والزعيم بالمال العظيم، والكفيل بالنفس، والصبير يعم الكل، ومثله القبيل.[5]

وقد وردت عدة مصطلحات" كالزعيم التي هي لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل العراق، والكفيل لغة أهل مصر".[6]

1. مختار الصحاح ، الرازي، مادة كفل مرجع سابق، ص 241.
2. سورة آل عمران، الآية 37.
3. سورة آل عمران، آية 44.
4. انظر، ابن منظور، لسان العرب، مج 7، ص 588. محمد مرتضي الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، دار البيان للنشر والتوزيع البنغازي ج8- ص99 .
5. الحطاب مواهب الجليل،، سبق ذكره، ط 2، ج5- ص96.
6. محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، سبق ذكره، ج2/ ص207.

ب. الكفالة في **الاصطلاح**

وسأقتصر على تعريفها عند كل مذهب من المذاهب الأربعة المعروفة، مراعيا في ذلك الترتيب الزمني للمذاهب الفقهية.

- **عند الحنفية:**[1] " ضم الذمة[2] إلى الذمة في المطالبة"

شرح التعريف: يراد بذلك أنّ الكفيل تضم ذمته، إلى ذمة المدين الأصلي في المطالبة بأداء الدين، ويكون الدين باقيا في ذمة الأصيل، فالاشتراك في الضم إنما هو في المطالبة لا غير.

مناقشة

هذا التعريف أشار إلى أنّ الضم بين ذمة الكفيل وذمة الأصيل، إنما هو في المطالبة لا غير، وبناء عليه لا تشغل ذمة الكفيل بالدين، وإنما حق الدائن مطالبته ليكون ذلك دافعا للأصيل على الوفاء بما عليه.

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لأنواع الكفالة، غير أن ابن عابدين أورد إضافة للتعريف بقوله: " ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة مطلقا بنفس، أو دين، أو عين، وبهذا يكون التعريف شاملا، لأنواع ما يراد تعريفه عندهم.

- **عند المالكية:** " الكفالة عندهم هي: " الضمان، وهو تشغل ذمة أخرى بالحق".[3]

شرح التعريف: شغل جنس شامل للمعرف، ولغيره من البيع والحوالة،[4] لأنّ في البيع شغل ذمة المشتري بالحق، وفي الحوالة شغل لذمة المحال عليه بحق المحال.

---

1 . ابن الهمام، شرح فتح القدير، ، مرجع سبق ذكره، ج7،ص 163.

2 . الذمة لغة: العهد والأمان والضمان والحرمة، والحق ، وسميت ذمة لأن تركها يوجب الذم ، انظر الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة ص 145، وانظر ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأفريقي ، لسان العرب، ج2، ص 157.

3. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، سبق ذكره، ج3، ص330.

4. الحوالة لغة مشتقة من التحول بمعنى الانتقال، يقال تحول من المحل إلى المحل، إذا انتقل عنه، وهي بفتح الواو أفصح. وفي الاصطلاح، عند الحنفية " نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه"، وعند الشافعية هي:" عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة " مغني المحتاج، ج2، ص193.

وعند المالكية:" طرح دين عن ذمة بمثله من أخرى" شرح الخرشي، ج6، ص16.

وعند الحنابلة:" هي من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة" المغني ج4، ص576.

وقوله:" شغل ذمة"، من إضافة المصدر لمفعوله، والمراد أن يشغل رب الحق ذمة الضامن مع ذمة المضمون عنه، سواء كان المضمون عنه أو الضامن متعددا أو مفردا، وذلـك بـالحق الواجب، بلا توقف على شيء أو بعد التوقف على شيء آخر، كعدم إتيان المضمون في الوجه أو تغريبه أو تفريط الضامن في الطلب".

وعليه التعريف شامل لأنواع الضمان الثلاثة عندهم، ضمان المال، والوجه، والطلب.[1]

المناقشة: أنه ضمن الشغل بالحق ولم يبين أنواع هذا الأخير، ولكن الأهم هو التنصيص علـى الأنواع بالنص، لا بالمفهوم.

- **عند الشافعية**: يقال الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هـو عليـه، أو عـين مضمونة، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك".[2]

شرح التعريف: ينبغي أن يكون التزام هذا الحق شاملا، زيادة على ذلك أن يكون هذا الحـق مضمونا ثابتا في ذمة الغير، وهذا شرط عندهم. أو إحضار من عليه إشارة إلى كفالة النفس، أو عين مضمونة، وتخرج من ذلك الوديعة.[3]

المناقشة: هذا التعريف يشمل أنواع الضمان، ويعتبر الضمان عقدا، وعليه لا بد أن يكون الدين الملتزم ثابتا باعتبار، لكنه لم يذكر الضم بين الذمتين، مما يفهم أنّ الالتزام بتحول الدين من ذمة المضمون عنه، إلى ذمة الضامن، فكان الأولى الإشارة إليه.

- **عند الحنابلة**: الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه، في التزام الحـق فيثبـت في ذمتهما جميعا ".[4]

1. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، المرجع نفسه، ج3، ص330.
2. الشربيني الخطيب، شرح البهجة، ج3، ص199.
3. الوديعة: توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مختص " مغني المحتاج ج3، ص79.
4. المغني، ابن قدامى، ج4، ص590.

الشرح: أنّ ذمة الضامن يثبت فيها الدين بجانب ذمة الأصيل، ويكون ملزما كالأصيل في أداء الحق، ويكون الحق شاغلا لذمتهما معا، وفي إطلاق الحق مشمول لأنواع الضمان، وهي ضمان المال، وكفالة النفس. [1]

تعريف الضمان في **مجلة الأحكام العدلية:** " الكفالة ضم ذمة إلى أخرى، في مطالبة بشيء". [2]
ومعلوم أنّ مجلة الأحكام العدلية، أخذت من المذهب الحنفي، وهذا التعريف مأخوذ عنه.

خلاصة

بنظرة دقيقة إلى هذه التعريفات التي صاغها فقهاء الشريعة الإسلامية سالفا، يتبين أنهم عرفوا الضمان بالأثر المترتب عليه عنده، ولمّا كان جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، يرون أنّ الضمان يترتب عليه ضم ذمة الضامن والمضمون عنه، واشتراكهما في الضمان، فإنهم عرفوا الضمان بأنه:" ضم ذمة". [3]

وعليه يمكن ذكر بعض النتائج التي أوردها الدكتور محمد بن إبراهيم، في كتابه نظرية الضمان.

- نصت بعض التعريفات على أنّ الضمان عقد، وبالتالي وجود الإيجاب والقبول لكي يتم انعقاده، لكن جمهور الفقهاء أن الضمان تبرع يتم بإرادة الضامن، وإيجابه وحده دون توقف على قبول الدائن فهو من التصرف بالإرادة المنفردة. [4]

---

1. انظر محمد بن إبراهيم بن عبد الله الموسي، نظرية الضمان الشخصي الكفالة، دراسة مقارنة مكتبة العبيكان، ط1، 1419هـ /1999م، ص 159.

2. المادة 112 من مجلة الأحكام العدلية، سبق التطرق إليها

3. محمد بن إبراهيم، نظرية الضمان، مرجع سبق ذكره، ص 165.

4. يرى الفقهاء المسلمون أن الإرادة المنفردة يمكن أن تنشئ التصرفات القانونية بل ذهب البعض أبعد من ذلك وهو اعتبار الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام استنادا إلى الآيات الكريمة التي تدعوا الإنسان إلى يوفي بالعهد الذي قطعه على نفسه أو بالعقد الذي ارتبط به مع غيره،
انظر أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المكتبة القانونية، ط1، 2001، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 228.

- نلاحظ تعريف الجمهور متحد المعنى، ويفيد انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل.
- تعريف الحنفية يكون انضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة فقط، مع بقاء الدين في ذمة الأصيل، وقد وجدنا مجلة الأحكام العدلية قد أخذت ـذا الرأي.
- يستنتج كذلك، من خلال التعريفات أنّ ذمة الكفيل تصبح مشغولة به مع بقائه شاغلا لذمة الأصيل.
- وعليه فإنّ التعريف الأنسب هو تعريف الحنفية " ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق الواجب حالا أو مستقبلا".[1]
- هذا التعريف شاملا لأنواع الضمان، لأنّ التزام الحق قد يكون بالمال، وقد يكون بـالنفس، وبما أنه جامع لأفراد المعرف، فهو مانع لدخول غير المعرف في التعريف، كضمان الغاصـب أو المستعير.

الفرع الثاني: الكفالة في القانون المدني الجزائري

تعتبر الكفالة من أهم التأمينات الشخصية، وقد نظمها المشرع الجزائري في باب خاص ا، لما تتميز به من خصائص ومميزات عن بقية التأمينات الأخرى، سواء الشخصية أو العينيـة، وقد ورد تعريفها وبقية الأحكام التي تميزها، وشروط انعقادها، ضمن الفصل الأول تحت عنوان " أركان الكفالة" وبينها في المواد 644 - 653 ق م ج.

أ. تعريفها: عرف المشرع الجزائري الكفالة في نص المادة 644 ق م ج، حيث نـص علـى أنّ الكفالة "عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي ـذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".[2]

= ومجال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي أوسع مدى مما عليه القانون الوضعي، أنظر نفس المرجع ونفس الصفحة.

ومن التصرفات التي تتم بإرادة منفردة في الفقه الإسلامي، الجعالة والوصية والوقف والإبراء والوعد بالجائزة والكفالة، والهبة والعارية. انظر الشيخ، أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، سبق ذكره، ص 212.

1. ابن الهمام، شرح فتح القدير، سبق ذكره، ج6، ص6.
2. المادة 644 القانون المدني الجزائري الباب الحادي عشر الفصل الأول، وزارة العدل ص 148.

ب. شرح التعريف

الكفالة طبقا لهذا التعريف هي عقد بين الكفيل والدائن، لتنفيذ التزام إذا لم يـف بـه المدين، و المدين الأصلي ليس طرفا في عقد الكفالة، ومادام أنّ المدين لـيس طرفـا في عقـد الكفالة، فمن الممكن أن تنشأ الكفالة دون علمه بل وحتى رغم معارضته،[1] لأنّ الكفالة لا تلزم شيء ولا تثقل التزامه الأصلي، والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين إذ أنّ هذا الالتـزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكورا بوضوح ودقة في عقـد الكفالـة، وهـذا الالتزام من الكفيل التزاما تبعيا لالتزام المدين، وهذا ما توحي به عبارة " إذا لم يف به المـدين نفسه" ذلك لأنه هو الذي يدعوا الكفيل في معظم الأحيان إلى التعاقد مـع الـدائن، ضـمانا لالتزامه قبل هذا الدائن.[2] والمدين يعتبر طرفا أجنبيا في عقد الكفالة ولا يشترك بإرادته في إبرام العقد.

و الالتزام المكفول به، أكثر ما يكون مبلغا من النقود، وقد يكون إعطاء شـيء غـير النقود، كما قد يكون عملا أو امتناعا عن العمل، وقد يكون الكفيل ملتزما شخصيا بالوفاء بما التزم به إذا لم يفه المدين.

كما تبين أنّ الكفالة ترتكز على التزام أصلي، وتعمل على الوفاء بـه، فهـي كبقيـة التأمينات تابعة لالتزام الأصيل، وقد يكون مصدر هذا الالتزام العقد، أو الإرادة المنفـردة، أو العمل الغير المشروع، أو الإثراء بلا سبب، لأنّ الالتزام الناشئ عن الكفالة فمـصدره غالبـا العقد.

وعقد الكفالة ينشأ التزاما جديدا، على عاتق الكفيل تجاه الدائن، ويتمثل في ضـمان الدين الأصلي، ومن ثم فإنّ الدائن أمامه مدينين وهما المدين الأصلي بالدين، والكفيـل الـذي ضمن هذا الدين، ولا يفهم من عبارة " إذا لم يف به المدين نفسه"، إنّ التزام الكفيل معلق على شرط واقف،[3] فالتزام الكفيل التزام بات يترتب في ذمته بمجرد انعقاد العقد، وإنما يراد من هذا

1. المادة 647 القانون المدني الجزائري، ص 148.
2. سمير عبد السيد تناغو: التأمينات الشخصية والعينية ص 18.
3. مرقس سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، سبق ذكره، ص 5.

التعليق إبراز الصفة التبعية للكفالة، والتي تجعل الكفيل ملتزما من الدرجة الثانية، فالدائن بذلك يكون ملزما بأن يطالب المدين أولا ".[1]

والكفالة من التأمينات الشخصية، ويخرج من ذلك التأمينات العينية، من النقود والقـيم المنقولة التي تودع ضمانا لدين، ويخرج منها كذلك الكفيل العيني، وهذا الذي يقدم شيئا مملوكا عقارا أو منقولا أو رهنا لوفاء دين الغير، لأنّ الكفيل العيني لا يكون مسؤولا شخـصيا عـن الدين المضمون، بل الذي يضمن الدين، هو العين التي قدمها رهنا سواء كان رهنا رسميـا،[2] أو حيازيا.[3]

وينتقل الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته، ويكون مسؤولا في جميع أمواله لا في مال معين بالذات، ولكن لا يكون للدائن في الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن في أموال مدينه، ولذلك يزاحمه سائر دائني الكفيل العيني و الشخصي ولا يرتكز الدين في عـين معينـة بالذات، يكون للدائن فيها حق التقدم وحق التتبع كالكفالة العينية".[4]

وقد يقصد بلفظ الوكالة في الأحوال التي يقوم فيها بعض الأشخاص، بإيـداع مبـالغ مالية، أو قيم منقولة كضمان الدين، أو ضمان لما قد يترتب في ذمتهم من المسؤولية، فكثيرا لما يشترط أصحاب الأعمال على عمالهم في أعمال تتطلب الأمانة، بأن يقدموا إليهم قيمة ماليـة معينة تبقى لديهم طيلة فترة علاقات العمل، وكذلك ما يقوم بإيداعه المتهم في المسائل الجنائية

1. المادة 660، ق م ج فقرة 2، ص151.

2. الرهن الرسمي حسب المادة 882 ق م ج هو عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينـه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفتاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يـد كان، الكتاب الرابع من الباب الأول ص199.

3. الرهن الحيازي، حسب المادة 948. " هو عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حسب الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون" الكتاب الرابع الباب الثالث من الفصل الأول، ص 214.

4. انظر في هذا السنهوري، مرجع سبق ذكره، ج10، ص 18.

من مبالغ نقدية، في خزانة المحكمة لإطلاق سراحه، [1] والواقع أنّ هذه المبالغ التي تودع بالطريقة السابقة لا تعتبر كفالة بالمعنى القانوني.[2]

الفرع الثالث: المقارنة بين الكفالة " الضمان" في القانون بالتعريف المختار في الفقه الإسلامي

الكفالة في الفقه الإسلامي" عقد بمقتضاه يكفل شخص "، فاتفق كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري على أنه عقد، وتعريف الفقه بأنه " التزام مكلف" أولى من تعريف القانون بقوله" يكفل شخص" لأنّ الشخص قد يكون مكلفا، وقد يكون غير مكلف.

وقوله في القانون" تنفيذ التزام" وهو المكفول به، وهذا الالتزام قد يكون واجبا في الحال أو سيسحب في المستقبل، وهذا هو معنى ما ورد في الفقه، ما وجب على غيره أو ما يجب على غيره"

وقوله في القانون:" بأن يفي ذا الالتزام، إن لم يف به المدين نفسه" أي: أنّ الكفيل يلتزم بالوفاء بما على المدين مع بقاء الدين على الأصيل، وهذا معنى قوله في تعريف الفقه الإسلامي" مع بقاءه عليه".

ويذكر شراح القانون في نص المادة 644 ق م ج على التزام الكفيل، بالوفاء إن لم يف به المدين نفسه، لا يعني ذلك أن لا يكون الالتزام من الكفيل معلقا على شرط هو عدم قيام المدين بالوفاء، وإنما هي تقرر أنّ الكفيل لا يلتزم بالدين الأصلي على قدم المساواة مع المدين به، بل يلتزم به التزاما تبعيا لالتزام المدين، وهذه التبعية تعني ارتباط الكفيل بالتزام المدين في وجوده ومصيره، ومعنى ذلك أنه يطالب الكفيل بالوفاء مطلقا.

ومع ذلك أنّ القانون لم يوضح المقصود في تلك الفقرة، مع أّن التعريف من شروطه أن يكون واضحا في الدلالة على المعرف، وبذلك نعلم أنّ تعريف الفقه الإسلامي أوضح، وأولى من التعريف القانوني.

---

1. المادة 132 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

2. عاقب عيسى ، رسالة ماجستير ، الكفالة في القانون المدني الجزائري، إشراف ابن عزي الأخضر، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، ص 4.

فالتعريف المختار هو "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه، في التزام الحق الواجب حالا، أو مستقبلا".

وعليه فإنّ التعريف الفقهي يفضل التعريف القانوني للكفالة بما يأتي:

- إنّ أهم ما يميز الكفالة كو ا ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في الالتزام، وهو ما يقول به القانون حيث تتجه المطالبة عنده أولا إلى المدين، فإذا لم يف بالتزامه اتجهت المطالبة إلى الضامن، كما تدل عليه عبارة " إذا لم يف به المدين نفسه".

- إنّ التعريف القانوني، لم يشر إلى نوع الملتزم به، على حين أشير إلى ذلك بالتعريف المختار في الفقه الإسلامي، من جواز كون الحق حاضرا أو مستقبلا.

- إنّ التعريف القانوني إنما يتناول كفالة المال، دون الكفالة بالنفس، على حين أنّ التعريف المختار في الفقه الإسلامي، يشير إلى أنواع الكفالة بقوله: "في التزام الحق" وهذا يشمل كفالة المال، وكفالة النفس.

الفرع الرابع: المقارنة بين الكفالة والفضالة.

- الفضالة، والكفالة مصدران للنيابة، فالنيابة في الفضالة قانونية، وقد تكون الكفالة قانونية، وهي التي يلتزم المدين بتقديمها خضوعا لنص القانون.[1]

- قد تكون الكفالة اتفاقية،[2] إذا كان هناك مثلا نص قانوني، أو حكم يلزم المدين بتقديم كفيل، إذا التزم المدين بتقديم كفيل بموجب عقد نكون بصدد كفالة اتفاقية، لكن أحيانا قد يتقدم الكفيل لضمان المدين من تلقاء نفسه، دون أن يطلب منه المدين ذلك، وقد يكون بعلم المدين، أو بغير علمه أو حتى رغم معارضته، ولذا تكون هنا الكفالة اتفاقية.

1.انظر : زاهية سي يوسف، عقد الكفالة ن دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع المدينة الجديدة تيزي وزو 2001، ص 22- ص23.

2. المادة 851 ق م ج ".. تلزم المنتفع بمنقول أن يقدم لمالك الرقبة كفالة ضمان للوفاء بالتزام أمه برد المنقول أو بدله"، ص 194، ص138.

وكذا نص المادة 288- 2 م ج " التي تخول للبائع بأن يقدم كفيلا إذا أراد استيفاء الثمن رغم التعرض للمشتري ورغم حق المشتري في الحبس".

- هناك الكفالة القضائية، وهي التي يكون بمقتضاها المدين ملزما بتقديم كفيل بموجب حكـم قضائي، فيكون هذا الحكم مصدر التزام المدين بتقديمها،[1] والكفالة القضائية هي التي يترك أمر تقديرها للمحكمة.

- في الفضالة والكفالة، يقوم الشخص بعمل لحساب الغير، فينصرف أثر العقد الـذي أبرمـه الفضولي إلى مصلحة رب العمل، أما الكفيل فينصرف إلى المدين.

- كلا النظامين عقدين ملزمين، فالفضولي ملزم بأداء العمل الذي شرع فيه وليس له أن يتوقف عنه، إلا إذا وقفه رب العمل، أما الكفالة فهو عقد ملزم لجانب واحد لأنّ من يلتـزم بعقـد الكفالة هو الكفيل، أما الدائن فهو الطرف الآخر في العقد، فهو لا يلتزم عادة بالـشيء نحـو الكفيل[2]، أما إذا حدث العكس فإنّ التزام الكفيل بدفع مقابل، نظير كفالته للدين، فإننا نكون بصدد عقد ملزم للجانبين.

- كلا النظامين تبرعين، من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، فالكفالة عقد تبرعي، معنى ذلك أنّ الكفيل يلزم بوفاء الدين عن المدين بدون مقابل، وهذا المعنى مستمد من العلاقة بـين الـدائن والكفيل، لأنّ الكفيل يؤدي خدمة بدون مقابل عادة، فهو يلتزم بضمان التزام المدين الأصلي، دون أن يتلقى أي مقابل من الدائن،[3] أما إذا تعهد الدائن بتقديم مبلغ من النقود مقابلا لالتزامه، فإننا نكون بصدد عقد كفالة، بل تأمين ائتمان، وبذلك يصبح عقد أصليا لا تابعا، واحتماليا لا محددا.

أوجه الاختلاف

- الفضالة نظام قد اختلف بشأ ا الفقهاء المسلمون، أما الكفالة فقد حصل الإجمـاع علـى حجيتها.

- مصدر الفضالة عمل مادي أو تصرف قانوني، يقوم به الفضولي بإرادته المحضى لتأدية خدمة للغير، بينما مصدر الكفالة اتفاق بين المدين والكفيل.

---

1 .المادة 40 ق إ م ج " يجوز للقاضي أن يأمر في حالة الاستعجال بالتنفيذ المعجل بكفالة أو بدون كفالة"

2 .نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف الإسكندرية،مصر ص 251.

3. زاهية سي يوسف، عقد الكفالة، سبق ذكره، ص20.

- الفضولي يقوم بتصرف قانوني أو بعمل مادي، أما الكفيل فلا يقوم إلا بالتصرفات القانونية، باعتبار أنّ الكفالة عقد مدين، إلا أ ا تعتبر عملا تجاريا، إذا أنـشئت عـن ضـمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن طريق تطهير هذه الأوراق.[1]

- في الكفالة ينبغي أن يختار المدين الكفيل للقيام بالالتزام، على عكس الفضولي الذي لا يختار رب العمل في الفضالة.

- الفضولي ملزم بإخطار رب العمل بما يقوم به، أما في عقد الوكالة فلا يلزم الكفيل إخبـار المدين بذلك، لأنه يعلم ذلك مسبقا.

- الفضولي في الفضالة يعمل مستقلا، وليس تابعا في عمله لرب العمل، بينما الوكالـة عقـد تابع، وهي تعتبر من أهم الخصائص التي تميز الكفالة، وعليه لابد لقيام الكفالة من أن يوجد إلى جانبها التزام أصلي" التزام بين الدائن والمدين" لكي ترتكز عليه وتقوم بضمان الوفاء بـه، ولا يمكن أن تتجاوز حدود الالتزام الأصلي، إذ أنّ التزام الكفيل يتبع التـزام المـدين في وجـوده وصحته، وعليه لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده، قبل الرجوع على المدين، ولا ينفذ على أمواله قبل التنفيذ على أموال المدين.

وعليه من خلال ما تم التطرق إليه يظهر لنا أنّ الفضالة تتفق مع الكفالـة في بعـض الجزئيات، ولكن الغالب أنّ الفضالة تبقى متميزة عن الكفالة في بعض الأمور، مما يجعلها نظاما متميزا وفريدا عن غيره من الأنظمة.

خلاصة

بعد هذا البحث الذي تعرضت له من خلال التطرق إلى مصطلح الفضالة، انطلاقا مـن تعريفها، ومقارنتها بغيرها من الأنظمة المشا ة لها، تبين لي أنّ الفضالة تبقى متميزة عن كل من الوكالة، والكفالة، والإثراء بلا سبب، رغم ما بينهما من أوجه الاتفاق، إلا أنّ أوجه الاختلاف تطغى على ذلك، وعليه كل نظام له ميزاته وخصائصه التي تجعل منه نظاما مستقلا ومختلفا، عن غيره من الأنظمة.

1. م.651 ، ق م ج :" تعتبر كفالة الدين التجاري عملا ماديا ولو كان الكفيل تاجرا غير أن الكفالـة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضمانا احتياطيا أو عن تطهير هذه الأوراق تعتبر دائما عملا تجاريا"

الفصل الثاني: طبيعة وحكم الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

تمهيد:

في هذا الفصل أتناول حكم الفضالة في الفقه الإسلامي، وكذا طبيعتـها القانونيـة، في مبحث أول، ثم أتناول في مبحث ثاني شروط الفضالة بين الفقه الإسلامي والقـانون المـدني الجزائري، وبعدها أتناول في مبحث ثالث، أركان الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، لذا قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي كالآتي:

المبحث الأول: طبيعة الفضالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في الفضولي ،ورب العمل، بين الفقـه الإسـلامي ، والقانون المدني الجزائري

المبحث الثالث: أركان الفضالة في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني الجزائري.

المبحث الأول: حكم وطبيعة الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

سأتناول في هذا المبحث حكم تصرفات الفضولي، وطبيعة الفضالة في القانون المـدني الجزائري ،وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: حكم تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: مناقشة الأدلة ونقدها.

المطلب الثالث: تأصيل الفضالة وطبيعتها القانونية.

المطلب الأول: حكم تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، ولم يعرف موضـوع تـصرفات الفضولي اتفاقا بين الفقهاء، حيث لم يسلم من الخلاف الفقهي ، فظهر بشأنه رأيـان ، كـل منهما يخالف الآخر، فذهب البعض إلى اعتبار تصرفات الفضولي صحيحة، وذهـب الـبعض الآخر إلى اعتبار تصرفاته باطلة ، هذا ما نود الكشف عنه في هذا المطلب، والذي يتفرع بدوره إلى فرعين ، أتناول في الفرع الأول الرأي القائل بصحة تصرفات الفضولي ، وفي الفرع الثـاني أتناول الرأي القائل ببطلان تصرفات الفضولي.

الفرع الأول: الرأي القائل بصحة تصرفات الفضولي

يذهب هذا الرأي إلى أنّ تصرف الفضولي يقع صحيحا، لكنه متوقف علـى إجـازة صاحب الشأن،[1] وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من الحنفية، [2]والمالكية،[3] ورواية عن الحنابلة،[4] فهؤلاء يرون أنّ تصرف الفضولي صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجازه نفذ ولزم البيع ، وإن لم يجزه بطل،[5] ولقد استند هؤلاء الفقهاء إلى أدلة تؤيد رأيهم

أدلة القائلين بصحة تصرفات الفضولي: لقد اعتمد أنصار هذا الرأي على نصوص الكتـاب العزيز، والسنة المطهرة، والقياس والمصلحة، والمعقول.

أولا: الاستدلال بالنصوص الكتاب والسنة

أ. الكتاب: لقد استدلوا بعموم الآيات الخاصة بالمعاملات ومن ذلك :

---

1 .صاحب الشأن هو من صدر التصرف لصالحه، أو من أجله ، أو هو المالك الحقيقي

2. الكاساني، بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع،ج5، ص149 ، وابن الهمام، فتح القـدير، ج7، ص53، وحاشية ابن عابدين ج5، ص106، وكذا المرغناني ، سليم بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسن توفي 593هـ ، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، بيروت، ج3، ص68.

3 الفروق،شهاب الدين أبي العباس بن العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد اللّه الـصنهاجي، المـصري، الشهير بالقرطبي، 684 هـ ،ج3، 232. ابن رشد ، بداية المجتهد، سبق ذكره، ج2، ص195.

4 .أبو البركات، المحرر في الفقه، ج1، ص310، المر داوي علاء الدين على بن سليمان 885 ه، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء علوم التراث العربي، بيروت، ج4، ،ص 284.

5 .ابن قدامة ، المغني، سبق ذكره، ص 277.

- قوله تعالى: **وأحل الله البيع وحرم الربا** .[1]

- قوله تعالى كذلك: **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً** .[2]

- وقوله تعالى كذلك: **فإذا قضيت الصلاةُ فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيراً لعلكم تفلحون** .[3]

وجه الاستدلال:

عموم وجوب الوفاء بالعقد، شامل لكل عقد التزم به الشخص وإن كان صادرا من الغير، لأنّ نسبة العقد إلى الشخص غير مشروط بصدوره منه، إذ قد يكون العقد صادرا من الوكيل، وينسب للموكل، مع أنه لم يصدر منه، وأحل اللّه البيع والشراء والتجارة، وابتغاء الفضل من غير تميز، بينما إذا وجد من المالك بطريق الآصالة، وبينما إذا وجد من الوكيل في الابتداء، أو بين ما إذا وجدت الإجازة من المالك في الانتهاء، وبين الرضا في التجارة عند العقد أو بعده، فيجب العمل بإطلاق النص".[4]

- قوله تعالى: **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمةُ الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد** .[5]

وجه الاستدلال: الآية تفيد وجوب الوفاء بالعقد، وهو شامل لكل العقود، حتى وإن كان صادرا عن الغير، فعدم وجود إذن المالك في العقد لا يوجب نفي اسم العقد، ومن عموم هذه الآية، نستنتج صحة بيع الفضولي، وبالتالي يقاس على العقود الأخرى.

فالمتأمل في هذا الآيات يجد أنّ تشريع المعاملات بين الناس، جاء عاما ولم يفصل، فإذا صدرت هذه من مالكه أو من وكيله، يجب العمل ا على إطلاقها، ما لم يقم دليل على ذلك،

1 . سورة البقرة، آية ر قم 275.

2 . سورة النساء، آية رقم 29.

3 . سورة الجمعة، آية رقم 10.

4 .الكاساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص148، ص149.

5. سورة المائدة، آية رقم 01.

باعتبار أنّ صورة الفضولي، هي صورة من صور التعاون والتكافل لقوله تعالى: **وأنفقوا في سبيل اللّه ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن اللّه يحب المحسنين** .[1]

وقوله تعالى كذلك: **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب** .[2]

وجه الدلالة: هذه الآية التي تدعو إلى وجوب التعاون على أعمال الخير، والبر، والتقوى ولعل: "تصرف الفضولي فيه تعاون ومساندة على ذلك"[3]، وهو كذلك من أعمال الإحسان .

- قوله تعالى: **وأنفقوا في سبيل اللّه ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن اللّه يحب المحسنين** .[4]

وجه الاستدلال: إنّ اللّه أمر بالإحسان إلى الغير، ولما كان تصرف الفضولي إحسانا إلى الغير، كان كذلك، لما فيه من التقرب والتعاون وأفعال الخير، ولما فيه من المصلحة والمنفعة ودرء للمفسدة.

ب. الاستدلال بنصوص السنة: لقد استدل القائلون بصحة تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك، من نصوص السنة بما يلي:

- حديث عروة البارقي[5].

عن عروة البارقي رضي اللّه عنه قال:"... بأنّ النبي صلى اللّه عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري له شاة، فاشترى شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاء بدينار وشاه، فدعا له النبي صلى اللّه عليه وسلم، بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه".[6]

1 . سورة البقرة، آية رقم195

2. سورة المائدة ، آية رقم 02.

3. القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن العلاء، إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي، المصري، الشهير بالقرافي، الفروق، سبق ذكره، ج3، ص232، ص 244.

4 . سورة البقرة، آية رقم 195.

5. سبقت ترجمته في الهامش رقم 5، ص 47.

6 . صحيح البخاري ، م.س، ج3 ص 1332، حديث رقم 3443.

وعليه فإنّ بيع عروة للشاة الثانية يعتبر فضوليا، فإقرار النبي صلى اللّه عليه وسلم لهذا البيع، يدل على أن بيعه صحيح، فإذا لو لم يكن كذلك لما أقره عليه السلام، ولما دعا له بالبركة، بل أكثر من ذلك، لأمره برد الشاة وإعادة الدينار إلى صاحبه، وبالتالي بيع الفضولي يعتبر صحيحا من هذا الجانب.

وجه الاستدلال:

إنّ النبي صلى اللّه عليه وسلم، لم يأمر في الشاة الثانية ببيع ولا شراء، وأجاز تصرف عروة البارقي... ودعا له بالخير، ولو لم يكن البيع صحيحا، لما دعا له بالبركة ولنهاه عن ذلك.[1]

فهذا البيع توقف على إقرار الرسول صلى اللّه عليه وسلم، وكان أن أذن له بذلك، وزاده بالدعاء له بالبركة، فدل هذا على مشروعية عمل عروة، ومن ثم مشروعية تصرف الفضولي.

- حديث حكيم بن حزام.[2]

عن حكيم بن حزام رضي اللّه عنه، أنّ رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم، بعث معه بدينار يشتري له أضحية فاشتراها بدينار، وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار وشاة إلى النبي صلى اللّه عليه وسلم، فتصدق به النبي صلى اللّه عليه وسلم، ودعا له أن يبارك في تجارته".[3]

ما يلاحظ من خلال هذا الحديث، أنّ حكيما لم يكن مأمورا ببيع الشاة، إلا أنّ الرسول صلى اللّه عليه وسلم لم ينكر عليه، مادام الفعل الباطل ينكر.

هذا ما يمكن أن يوجه به حديث حكيم، باعتباره قصد الإحسان والمنفعة لصاحب الشأن، ولم يلحق به ضرر.

---

1. ابن رشد، بداية المجتهد، سبق ذكره، ج2، ص 195، ص196، وكذا السرخسي، المبسوط، سبق ذكره، ج13، ص154.
2. سبقت ترجمته رقم الهامش 4، ص47.
3. أخرجه الترمذي، السنن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج3 ص558 حديث رقم 1257.

وجه الاستدلال: إنّ النبي صلى اللّه عليه وسلم لم يأمره بالبيع ولا الشراء، وإنما إقـرار النبي صلى اللّه عليه وسلم لفعل حكيم بن حزام دليل على صحته وجوازه، لأنه لا يقـر منكـرا، وتصرف العاقل محمول على الوجه الأحسن ما أمكن.[1]

- حديث الثلاثة أصحاب الغار: حديث ابن عمر.[2]

عن عبد اللّه بن عمر بن الخطاب رضي اللّه عنهما، قال:" سمعت رسول اللّه يقول:"... وقال آخر: اللّهم إني كنت استأجرت أجيرا بفرق أرز، فلما قضى عمله قال أعطـين حقـي، فعرضت عليه فرقه، فرغب عنه، فلم أزل أزرعه حتى جمعت منه بقرا ورعاءها فجاءني فقـال: أتق اللّه ولا تظلمني حقي، فقلت: " اذهب إلى تلك البقر و رعاءها فخذها، فقال:" اتق اللّـه ولا تستهزئ بي، فقلت:" له إني لا أستهزئ بك، فخذ بقرك ورعائها، فأخذه فذهب به، فـإن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك، فأفرج عن ما بقي، ففرج اللّه ما بقى..".[3]

وجه الاستدلال من الحديث

إنّ المستأجر تصرف في ملك الغير، حيث زرع الأصول الثلاثة، من الأرز، وهي أجرة الأجير، واشترى له بمحصولها بقرا واعتنى ا ثم سلمها له، ولم يكن الأجير على علـم بـذلك كله، ولم يأذن به، حيث تقبل اللّه هذا العمل، فجعله سببا للفرج، وهذا ما يدل على جـواز تصرف الإنسان في مال غيره، ولو بدون إذنه انطلاقا من الأثر المذكور، لصاحب فرق الأرز.[4]

---

1 . الكساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره ج5، ص 149.

2 .هو عبد اللّه بن عمر بن الخطاب بن تميل بن عبد العزي من رباح وأمه زينب بنت مضعون بن حبيـب وكان إسلامه بمكة مع إسلام أبيه عمر بن الخطاب أحد العبادلة الأربعة الفقهاء، مات بمكة سنة 74هجرية وهو ابن 84 سنة، انظر الطبقات الكبرى، ابن سعد، ج4، ص 142. وكذا الزركلي : الأعـلام ج4، ص 108، دار الملاين ، بيروت، ط12، 1997.

3 .صحيح مسلم، م.س، ج4، ص 2099، حديث رقم 2743 واللفظ للإمام مسلم.

صحيح البخاري، م.س، ج2 ص793، حديث رقم 2152.

4 .وجاء في رواية أبي داو ود، ، لحديث أهل الغار، حيث قال:" عن سالم عن عبد الله عن أبيه عن جده، قال :" سمعت رسول اللّه عليه السلام يقول: " من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله، قالوا، ومن صاحب فرق الأرز، يا رسول اللّه؟ فذكر حديث أهل الغار".

رواه أبو داوود، المسند كتاب البيوع، باب في الرجل يتجر في مال الرجل بغير إذنه حديث 3387، ج3، ص 254.

ومن خلال الحديث كذلك نجد أنّ الرسول صلى اللّه عليه وسلم رغّب في مثل هذا العمل، وأبو داوود رحمه اللّه أدرجه في أحاديث البيوع، مما يستخلص منه أنه لم يكن يرد به ذكر أخبار السابقين، بل أراد به الرسول أن يكون منهجا في تعامل الناس ببعضهم البعض، ومن خلال هذا الحديث كذلك نستنتج بعض الأحكام الشرعية.

- الإخلاص في العمل، والصدق، من خصال وشيم المسلمين التي عرفوا بها.

- جواز العمل لمصلحة الغير حتى في حال الغياب – صاحب المصلحة - وفي حالة وجود منفعة كثيرة مادامت في باب فعل الخير والتعاون.

ج. الاستدلال بالمعقول

استدل القائلون بصحة تصرف الفضولي موقوفا على إجازة المالك الأصلي من العقل، بأنه لا يوجد مانع يمنع من انعقاد تصرف الفضولي، لأنّ البيع صدر من أهله، وفي محله، وهو المال فوجب القول بانعقاده صحيحا.[1]

فالبائع عاقلا مختارا، والمبيع يصح تملكه، والانتفاع به، ولا يوجد أي ضرر ينتج عن هذا التصرف، لا بالنسبة إلى المالك الأصلي لأنه مخير بين الامتناع، وبين الإجازة، والعقد لا ينتج أثره قبل الإجازة، بل سيستفيد هذا المالك من هذا التصرف، ولا بالنسبة إلى المشتري، لأنه يصل إلى حاجته وفي ذهنه كذلك، إمكانية فسخ العقد مرتبطة بالمالك الحقيقي.

وأما الفضولي ففي بقاء العقد موقوفا، صون لكلامه من الإلغاء، وزيادة على المنفعة له والخير خصوصا، إذا نوى الخير والتعاون والإحسان إلى هذا المالك الحقيقي، لأنّ اللّه سبحانه في عون العبد، مادام العبد في عون أخيه.

- كذلك أنّ الإذن في الوكالة،[2] قد يكون سابقا وقد يكون لا حقا، ويقوم الإذن اللاحق مقام الإذن السابق للقاعدة الشرعية التي تقول " الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة، والإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء"[3].

1 .كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص89.

2 . سبق التطرق إليها الفصل الأول ص 45.

3 .السرخسي، المبسوط، سبق ذكره، ص154.

- إنّ بيع الفضولي كالوصية بما زاد عن ثلث مال الموصي، فهذه الوصية ليـست باطلـة بـل موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها صحت و إلا بطلت.[1]

- يعتبر تصرف الفضولي عقدا على عين، فلو وقع من المالك لجاز، فجاز أن يقع موقوفا علـى إذنه، أصله في ذلك التصدق باللقطة، وكذا وجود الإيجاب والقبول، بين اثنين في عقـد لـه مالك، فصح أن ينعقد أصله إذا وقع من المالك.[2]

- الإجازة أحد موجبي الخيار، فصح أن يقف العقد عليهما كالفسخ.[3]

د. الاستدلال بالمصلحة

لقد بين اللّه سبحانه وتعالى أحكام المعاملات، فبين ضوابطها وشروطها مراعيا في ذلك أين تكمن مصلحة العباد، ودفعا للمضرة عنهم، وفق الترتيب المقاصدي من مراعاة الضروريات والحاجات والتحسينات، فشرع بذلك جملة من العقود في إطار المعاملات شرط أن تكون على التراضي لقوله تعالى: **(يا أيها الذِين آمنوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينكُم ِبالْباطِل ِإلا أنْ تكُـونَ ِتجارةً عن تراضٍ ِمنكُم ولا تقْتلُوا أنفُسكُم ِإن الله كانَ ِبكُم رحِيماً)** [4].

وزيادة على هذا، فقد بينت الأحاديث طرق المعاملات الشرعية التي يجب ابتغاؤهـا، موضحة في الوقت نفسه، المضار والمصالح في تشريعها، وهذا دليل على أن المصلحة أينما كانت كان الخير والانتفاع.

" لذلك فكل عمل يقع على مقتضى المقاصد الأصلية، فلا إشكال في صحته وسلامته، أما ما ناقضها فهو باطل، ذلك أنّ المعاملات موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم، فإذا خولفت فلن تجلب المصلحة".[5]

---

1 . مرجع سابق، نفس الموضع.

2 . سعاد سطحية، منهاج الشريعة، مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية، المقارنة، يصدرها معهد الشريعة بجامعة قسنطينة، السنة 1، ماي ، 1999 العدد 1، ص 148.

3 . النووي، ا موع، سبق ذكره، ج9، ص262، 263.

4 . سورة النساء آية رقم 29

5 . الشاطبي ابو إسحاق ، الموافقات، 790هـ ، سبق ذكره، ج2، 331.

وبعد مقارنة أحكام الفضالة مع هذه الأحكام العامة، خلصت إلى أنّ المصلحة التي فيه هي مصلحة عامة، لكل من الفضولي وصاحب الشأن والمشتري، ولا ينتج أثره أي خسارة أو ضرر، وعليه فلا مانع من القول بصحته، مادام المانع منتف، وغير موجود.

الفرع الثاني: الرأي القائل ببطلان تصرف الفضولي

لقد اتجه هذا الفريق إلى أنّ تصرف الفضولي تصرف باطل من أصله.

ولقد قال بهذا الرأي كل من الشافعية[1]، والحنابلة، [2]بتفصيل" ولا يصح تصرف الفضولي لغيره، ببيع ولا شراء ولا نكاح، إلا شراؤه، له في الذمة، إذا لم يسمه في العقد فإنه يصح ثم إن أجازه المشتري له ملكه و إلا لزم الفضولي".[3] باعتباره غير منتج لأي أثر لا بين المتعاقدين(الفضولي، ومن تعامل معه)، ولا بالنسبة إلى الغير، وعليه يستحيل تصحيحه، أو إجازته فيما بعد.

أدلة القائلين ببطلان تصرف الفضولي

أ: نصوص الكتاب

- قوله تعالى: **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أنْ تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كانَ بكم رحيماً** .[4]

وجه الاستدلال: انطلاقا من هذا النص، يعتبر الفضولي آكلا مال الغير بالباطل، لانعدام رضى صاحب الشأن، وبالتالي وجود الإجازة فيما بعد أو عدم وجودها لا يعني شيء.

---

1 . النووي في المجموع ج9، ص 261، محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، ص 315.

2. أبو البركات المحرر في الفقه، ج1، 311. ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي ص 453. الماوردي، الإنصاف ..ج4، 283.

3 . الحنابلة لم يقولوا بالبطلان مطلقا بل لهم تفصيل في ذلك، انظر أبو البركات، المحرر في الفقه، ج1، ص310.

4. سورة النساء، آية رقم 29.

- قوله تعالى: **ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم إلى ربكـم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون**[1].

وجه الاستدلال: كل شخص مسؤول عن نفسه في تصرفاته، وبالتالي فالفضولي ليس مسؤولا عن غيره، وعليه لا يصح له التدخل في عمل غيره، وإن حدث أن وقع فسخ - العقـد- عـد باطلا.

ب:الاستدلال من السنة

- قوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام[2] .حين سأله :" يا رسول الله- صلى الله عليـه وسلم- يأتيني الرجل يسألني البيع، وليس عندي أفأ بيعه ؟" فأجابه صلى الله عليه وسلم:" لا تبع ما ليس عندك...".[3]

وجه الدلالة من الحديث

إنّ العقد الذي أجراه البائع عقد على ما لا يملك، أو بمعنى غير مملوك لـه، وتـصرف الإنسان فيما لا يملك منهي عنه، والنهي يقتضي عدم المشروعية، وتصرف الفضولي هذا هـو شأنه، وبالتالي تصرفه يعتبر باطلا.

"إنّ تصرف البائع لملك الغير فيه نوع من الضرر، لعدم القدرة على عقد العقـد، لأنّ العقد عليه خطر الوجود والعدم، وهذا مفض إلى الجهالة المنهي عنها أيضا، لهذا من الأصـوب القول ببطلان هذا النوع من العقود"[4].

1 . سورة الأنعام آية رقم 164.

2 . سبقت ترجمه الهامش رقم 4، ص 47.

3 . رواه أبو داوود، السنن، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت (د ت ط)حديث رقم 3503،ج3 ص 281. و عبد الرزاق، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأسلمي، المكتب الإسـلامي بيروت، 1403هـ ، ج3 ص38، رقم 14212. الطبراني: المعجم الكبير، حقيق: حمدي بن عبـد الحميـد السلفي، مكتبة العلوم الحكم، العراق، ط2، 1983م ، ج3 ص195، حديث رقم 3102 . الترميذي، م.س ج2، ص 351، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

4 . مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط1985، مصر د، ت، ط، ص541

- **قوله صلى الّله عليه وسلم:**" إنّ دمائكم وأموالكم، وأعراضكم، وأبشاركم، عليكم حرام".[1]

وجه الدلالة:

لا أحد له الحق أن يحل ما حرم الّله من ماله، ولا من عرضه، ولا من بشرته، ولا من دمه، إلا وفق الضوابط التي بينتها الشريعة الإسلامية، ومن خالف ذلك فهو خارج نطاق الشرع، وعمله مردود عليه لقوله صلى الّله عليه وسلم:" من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد".[2]

و دلالة الحديث كذلك أنه ليس لأحد أن يحل ما حرم الّله تعالى من مال أخيه أو عرضه أو دمه أو بشرته، إلا بالوجه الذي أباحه القرآن والسنة،[3] ومن فعل ذلك كان فعله مردودا للحديث السابق.

- **قوله صلى الّله عليه وسلم:** " لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك".[4]

- **ما ورد عنه صلى الله عنه وسلم:** أنه أرسل عتاب بن أسيد،[5] إلى أهل مكة:" أن أبلغهم عني أربع خصال، أنه لا يصلح شرطان في بيع، ولا بيع وسلف، ولا تبع ما لا تملك، ولا ربح ما لم تضمن".[6]

---

1 .سبق تخريجه في الهامش رقم 5 ص 56.

2. صحيح مسلم ،ج3، ص1343، حديث رقم 1718.

3. ابن حزم، المحلى، ج8، ص435.

4 .أبو داود، السنن، م.س، ج2 ص258، رقم 2190.

5 .هو عتاب بن أسيد، بن أبي العيص بن أمية بن عبد شمس من عبد مناف بن قصي وأمه أروى بن أبي عمر بن أمية بن عبد شمس، أسلم يوم الفتح فلما خرج رسول الّله صلى الّله عليه وسلم من مكة إلى حنين استعمله على مكة يصلي بالناس، انظر الطبقات الكبرى، أبو سعد ج5، ص 146

6 .أبو داوود : السنن، م.س، ج3، ص283، رقم 3504.

وجه الاستدلال من الحديثين

من خلال الحديث الأول والثاني، نستنتج أنّ هناك ي عن تصرف الإنسان فيما لا يملك، وكما هو معروف أنّ النهي يقتضي فساد المنهي عنه، وبالتالي لا يصح للإنسان أن يتدخل في ملك غيره، فكان تصرف الفضولي كذلك.

" ي النبي صلى اللّه عليه وسلم، في شيء لا تملكه ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه، والفاسد من العقود الغير مشروعة، فلا يصح بيع الفضولي، لأنه يتصرف فيما لا يملك"[1].

ج: من المعقول

إنّ العقد لا يوجد شرعا إلا بتوفر الولاية، والأهلية عند التعاقد، ليتمكن من تولى إبرامه إلا في حق خاص به، أو لكونه نائبا عن غيره، فالولاية كالأهلية، فكما لا يوجد العقد بين فاقد الأهلية، لا يوجد من فاقد الولاية[2]، ولو كان كامل الأهلية في نفسه، لأنّ العقد تترتب عليه أثاره الشرعية، ويحمل تعهد الطرفين بتمكين كل واحد منهما الآخر، من أحكام العقد كاملة.

والبائع في بيع ملك الغير ليس له ولاية إبرام العقد لا عن نفسه، ولا عن غيره، لأنه ليس مالكا أو نائبا عنه، فلا يكون لعقده وجود شرعي، ولا يترتب عليه أي أثر، فهو باطل ومن ذلك عقود الصبي ومن في حكمه، فهي كلها باطلة أيضا[3]"

كما استدلوا كذلك من المعقول بأنه شرط في المحل أن يكون مما يصح تملكه، وأن يكون مملوكا للبائع، لأنّ الانعقاد معناه ارتباط إرادة المتعاقدين، بتعهد كل منهما بتمكين الآخر من جميع أحكام العقد، والبائع لا يستطيع تمكين المشتري من المبيع، لأنه ليس مملوكا له ولا وكيلا ولا وليا، وبالتالي لا يستطيع تسليم ما لا يملكه، فهو إذن في حكم الغرر المنهي عنه، بالإضافة إلى اشتراط الولاية واشتراط الأهلية، وبالتالي لا انعقاد إلا بتوفر القدرة الشرعية".[4]

---

1 . النووي، ا موع، سبق ذكره، ج9، ص 262، ص 263.

2 . الولاية: ولاية التصرف.

3 .مصطفى شلبي، المدخل، مرجع سابق، ص 245.

4 . السرخسي: المبسوط، سبق ذكره، ص153، ابن قدامة، المغني، ص 227، ص228.

د: القياس

إنّ بيع الفضولي كبيع السمك في الماء، والطير في الهواء، وقالوا إنّ العلـة في ذلـك أنّ البائع باع ما لا يقدر على تسليمه، فأشبه تلك البيوع الباطلة في عدم القدرة على التسليم، التي تؤدي إلى الغرر المنهي عنه، وبالتالي يعتبر بيع أو تصرف الفضولي باطلا.

" إنّ الفضولي أحد طرفي العقد، فلا يصح تصرفه ويوقف على الإجازة، لأنه باع ما لا يملك فليس له القدرة على تسليمه، وبيع ما لا يقدر على تسليمه لا يصح، كبيع الـسمك في الماء، والطير في الهواء"[1].

المطلب الثاني: مناقشة الأدلة ونقدها

ناقش كل فريق أدلة المخالف، وردوا عليهم بما يضعف رأيه، ويدعم ما ذهبـوا إليـه، وهذا مجمل ما صرحوا به.

الفرع الأول: الرد على القائلين بصحة تصرف الفضولي

لقد انتقد الشافعية والظاهرية أدلة القول الأول- بصحة تصرف الفضولي صـحيحا- ووجهت له ردود نلخصها كالآتي:

- إنّ الاحتجاج بقوله تعالى: **وتعاونوا على البر والتقوى** [2] لا يدل على صحة تـصرف الفضولي، بل في تصرفه إثم لأنه يعتبر من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، مما يترتب على هـذا التصرف الإثم والعدوان.

- قال أحد الفقهاء: " قال أصحابنا: ليس هذا من البر والتقوى، بل هو من الإثم والعدوان"[3].

- إنّ العموم الوارد في الآيات القرآنية، لا يشمل عقد الفضولي قبل الإجازة.

أما الأحاديث فلقد انتقدت كما يلي:

- حديث عروة البارقي، لقد وجهت له اعتراضات أو انتقادات مفادها.

1 . النووي، المجموع، سبق ذكره، ج9، ص262، ص263.

2 سورة، المائدة، آية رقم 02.

3 النووي المجموع، سبق ذكره، ج9، ص263.

- أنه في الحديث رجل لم يسم، فلا يصح الاستدلال به عند السند، قال على بن عبـد اللّـه أخبرنا سفيان: حدثنا شبيب بن غردقة قال: سمعت الحي يحدثون عن عـروة البـارقي ، رواه البخاري في سند الرواية.[1]

- إنّ عروة البارقي وكيل الرسول صلى اللّه عليه وسلم، وكالة عامة في البيع وفي الشراء، فلا يعتبر فضوليا، وإنما وكيلا فبيعه صحيحا لأنه وكيل عام لا لأنه بائع فضولي.

- ولقد رد القائلون بصحة بيع الفضولي، موقوفا على إجازة المالك الأصلي، بأنّ عروة البارقي قال:" إنّ الحسن بن عمارة جاءنا بهذا الحديث عنه (شبيب) وقال سمعه من عروة (أي مـن شبيب)، فلما أتيته قال (شبيب لسفيان)، إني لم أسمعه من عروة، بل سمعت الحـي يخـبرون بالحديث عنه، وفي هذا الإنكار تأكيد عن سماعه (شبيب) من جماعة يمتنـع تواطـؤهم مـن الكذب"[2].

" كما أنّ تضعيف الرواية عن الحسن بن عمارة، فلا يضعف من صحته الحديث، لأنه ثبت من عدة طرق، أخرى" وقد رواه البخاري وإسناده صحيح، ورواه أحمد وأبو داوود، وابن ماجة من طريق سعيد عن أبي وليد، وهؤلاء، إسنادهم حسن، فصح الحديث"[3].

كذلك حديث عروة قال عنه ابن حزم في المحلى:" أحد طرفيه عن سعيد بن زيد أخـي حماد بن زيد، وهو ضعيف، وفيه أيضا أبو الوليد وهو لمازة بن زبار، وليس بمعروف العدالة".[4]

وعليه إن كان الحديث صحيحا، فإنّ ابن حزم رأى عدم صحة تصرف الفضولي، لأنّ النبي صلى اللّه عليه وسلم أمره أن يشتري له شاة فاشترى له به شاتين، فأصبح الشراء لعـروة كما أراده هو، لا كما أراده النبي صلى اللّه عليه وسلم، وعليه أصبح بتصرفه هذا مـستقرضا

1 .وقد أجيب على هذا الاعتراض، أن ذكر الحي لا يلزم منه عدم صحة الاستدلال بالحديث بل الأولى أنه يفيد القطع أن شبيبا يكون قد سمع من رجال متعددين، وإنكاره عدم سماعه منه أكد أنه يسمعه منه وحده، كما جاء في البخاري، انظر فتح الباري، حديث رقم3643، ج4، ص132.

2.البخاري ،حديث رقم 3643،ج44، ، ص132.

3 .ابن رشد، بداية المجتهد، سبق ذكره، ج3، ص1666

4 .ابن حزم، المحلى، سبق ذكره،ج8،ص434.

لدينار النبي صلى اللّه عليه وسلم أو متعديا على ماله، فأصبح الدينار في ذمته، ثم باع شاة نفسه بدينار، فصرفه إلى النبي صلى اللّه عليه وسلم، وأهدى إليه الشاة".[1]

هذا وقد اعتبر الشافعية،[2] أنّ الصحابي كان وكيلا للنبي صلى اللّه عليه وسلم وكالة مطلقة، حيث باع الشاة الثانية وسلمها.

- الاعتراض على حديث حكيم بن حزام.

لقد وجه، لحديث حكيم بن حزام نفس الانتقاد الموجه لحديث عروة البارقي، ولكن رواية أبي داوود جاء فيها رجل مجهول، فلا احتجاج ا، وصح الحديث.

" هذا حديث ضعيف لأنّ في إسناد أبي داوود مجهولا، وفي إسناد الترميذي انقطاعا"[3].

و"الحجة في دين اللّه تعالى لا تقوم بمثل هذا... ثم، لو صح حديث حكيم وعروة لم يكن فيهما حجة... أما خبر حكيم فإنه تعدى في بيع الشاة فلزمه ضما ا فابتاعها بدينار، كما أمر وفضل دينارا فأمره صلى اللّه عليه وسلم بالصدقة، إذا لم يعرف صاحبه".[4]

- بالنسبة إلى حديث أصحاب الغار.

فهذا الحديث لابن عمر، وهو شرع من قبلنا، وفي كونه شرع لنا خلاف، وعلى القول باعتباره شرع لنا، فليس فيه حجة، إذ هو محمول على أنه استأجره بفرق في الذمة ولم يسلمه إليه، بل عينه له، فلم يتعين من غير قبض، كما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، فالمستأجر قد تصرف فيما يملك فصح تصرفه ثم تبرع بذلك على الأجير، فليس في ذلك دلالة على صحة تصرف الفضولي.[5]

-أما بالنسبة إلى القياس على الوصية.

قال الشافعية معترضين:" أنّ هذا القياس غير صحيح، لأنّ الوصية تحتمل الغرر وتصح با هول والمعدوم، خلافا لبيع ملك الغير- الفضولي- فإنه لا يجوز فيه الغرر، ولا يمكن أن يكون محله

---

1 نفس المرجع ، نفس الموضع.

2 الشربيني ، مغني المحتاج، سبق ذكره،ج2، ص15.

3 . النووي، ا موع، سبق ذكره، ص263.

4 .ابن حزم، المحلى، ج8، ص437.

5 . النووي، ا موع، سبق ذكره، ج9، ص263، وكذا المحلى، ج8، ص437.

مجهولا أو معدوما، كما لا يمكن قياسه على البيع المشروط فيه الخيار، لأنه بيع منعقد غير لازم، فإذا أمضى لزم، وإن فسخ فسخ، وإن مضت مدة الخيار ولم يفسخ، لزم".[1]

هناك قياس مع الفارق بين الوصية وبيع الفضولي، ففي الوصية الوصـي يتـصرف في ملكه، والوارث لا يجيز تصرفا وقع على ماله، وإنما ينشئ هذا التصرف، أما بيع الفضولي فهو تصرف لا في ما لا يملك، والمالك يجيز تصرفا وقع على ماله فلا محـل لقيـاس بيـع الفضولي على الوصية بما تجاوز عن الثلث، لأنهما على وجه نقيض.

كذلك هناك قياس مع الفارق بشأن الإجازة التي هي أحد موجب الخيار فصح أن يقف العقد عليها كالفسخ، فهذا كذلك قياس مع الفارق، لأنّ في الخيار، البيع مجزوم به منعقـد في الحال، وإنما المنتظر فسخه وإذا أمضت المدة ولم يفسخ، لزم البيع"[2].

الفرع الثاني: الرد على أدلة المبطلين

لقد انتقدت جميع الحجج التي استدل ا الفريق القائل ببطلان تصرف الفضولي، وقـد رد كل من الحنفية والمالكية، على هذه الأدلة بما يلي:

- بخصوص الآية **يا أيها الذِين آمنوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينكُم بِالْباطِلِ إلا أنْ تكُونَ تجارةً عن تراضٍ مِنكُم ولا تقْتلُوا أنفُسكُم إن الله كانَ بِكُم رحِيماً** [3] فالعقد الصادر من الفـضولي، لا يطلق عليه تجارة لانعدام انتقال الملكية بمجرد انعقاده، وعليه فالآية لم تحرم هذا التصرف.

- حديث حكيم بن حزام لا يدل على إبطال تصرف الفضولي، فهو كان يبيع ما لا يملـك ثم يذهب إلى السوق، ويشتريها منه"[4] بدليل ما ورد منه أنه قال:" يا رسول الله - صلى اللّه عليه

---

1 . عبد الرزاق حسن فرج. العقد الموقوف، ص 61.

2 . النووي ا موع، سبق ذكره، ص 263، ج9.

3 .سورة النساء آية رقم29.

4 . ابن رشد ، بداية ا تهد، سبق ذكره،ج2، ص129 ، ابن الهمام ، شرح فتح القـدير، ج7، ص52.، المغني، ابن قدامة، م س ص 288.

وسلم – أنّ الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه، ثمّ أدخل السوق فأشتريها فأسلمها".[1]

- أما الأحاديث الوارد فيها النهي عن تصرف في ملك الغير، عن بيع الإنسان ما لا يملك، وذلك نتيجة صعوبة التسليم فيما بعد، وتصرف الفضولي باعتباره موقوفا على إجازة صاحب الشأن، لا يتعارض مع الأحاديث السالفة الذكر.

- كذلك لا يصح اعتبار عروة البارقي وكيلا مطلقا، فإنّ الحديث الشريف لا يدل على ذلك، بل كانت وكالته خاصة في شراء الشاة فقط، فلم يؤمر بشراء شاة ثانية، ولا ببيعها بل تصرف في ذلك باعتباره فضوليا، وقد أجاز النبي صلى اللّه عليه وسلم تصرفه".[2]

- أنّ النهي الوارد في قضية حكيم بن حزام، ليس دليلا على إبطال بيع الفضولي، لأنّ الحديث وارد في بيع المرء لنفسه ما ليس عنده، وقضية حكيم بن حزام مشهورة، إذا كان هذا الرجل يبيع ثم يدخل السوق، ويشتري السلعة ثم يسلمها للمشتري. وعليه إبطال هذا البيع هو احتمال ألا يجد البائع الشيء الذي باعه في السوق، فيعجز عن تسليمه للمشتري، فيكون قد غرر به، و التغرير لا يجوز".[3]

- والقول بأنّ حكيم بن حزام مرسل لوجود انقطاع فيه، لا يتنافى مع الاستدلال به، لأنّ الحديث المرسل حجة عند الأئمة الثلاثة خلافا للشافعي.[4]

- هناك قياس مع الفارق، بحيث " لا يصح قياس تصرف الفضولي، على بيع الطيور في الهواء والسمك في الماء، لأنّ العقد لاغ، لانعدام الأهلية في التصرف.[5]

- إن النهي الوارد في قوله صلى اللّه عليه وسلم " لا يبع إلا فيما يملك"؟ قالوا: فالنهي هنا خاص بالتصرفات التي تترتب عليها أثارها وقت انعقادها، وبيع الفضولي من التصرفات التي

---

1 . سبق تخريجه في الهامش رقم 3 ص 88.

2 . السرخسي ، المبسوط، سبق ذكره، ج1، ص154.

3 . ابن قدامة، المغني سبق ذكره، ص288.

4 . للقاضي زاده، تكملة فتح القدير، ج8، ص5.

5 . السرخسي ، المبسوط، ج13، ص154.

يتوقف إجاز ا، ونفاذها على صاحب الشأن، وبالتالي لا ينتج أثره فورا، و لا يصح الاستدلال به في هذا الموضع.

- إذا كان الهدف من العقود هو مجرد إنشاء صيغة للعقد على مال الغير، دون أن ينتج أثـاره فورد عقده، إلا بعد توافر الإجازة من صاحب الشأن، لا تعتبر تصرفا.

- بالإضافة إلى الأدلة السابقة من الكتاب والسنة، توجد أدلة أخرى تجيز تصرف الفـضولي، ومع ذلك رغم وجودها فلا يكون العمل ا ردا.

إنّ اعتبار بيع الفضولي كبيع غير مقدور التسليم، وكبيع الطير في الهواء، والسمك في البحر مردود عليه، فلا محل لقياس بيع الفضولي على هذا النوع من البيوع، لأنّ عدم جواز البيـع في هذه الحالات يرجع لانعدام المحل، فالطير والسمك ليس مملوكا لأحد، وما ليس مملوكا لأحد، لا يكون محلا للبيع، أما بيع الفضولي فمحله شيء موجود، وكون هذا الشيء المملـوك لغـير البائع، توقفت أثار البيع على إجازة المالك.[1]

إنّ الولاية الشرعية ليست شرطا، لانعقاد العقد وصحته، بل هي شرط لنفاذه، وعلى ذلك فبيع الفضولي منعقد، وصحيح لتوافر جميع أركانه وشروطه، ولكنه موقوف لتخلـف نفـاذه، وهي الولاية الشرعية، أي الملك أو الإذن وكون الشيء غير مملوك للبائع، غير مانع من صـحة البيع فإنّ المالك لو أذن قبل البيع لصح فكذا بعده، إذ لا فرق بينهما".[2]

---

1 .ابن الهمام، فتح القدير، ج 3، ص52.

2 .محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 63، ج8، ص162.

الفرع الثالث: المقارنة والقول المختار

نستنتج من خلال ما عرضناه مل أدلة كل فريق، وسرد لآرائهم في هذه المسألة، بـ الرغم من الانتقادات والحجج التي أوردها أنصار بطلان بيع الفضولي أو تصرفه، فإنّ الراجح القـول الأول القائل بانعقاد تصرف الفضولي صحيحا موقوفا على إجازة المالك، ولعل هذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، في أحكامها فيما يخص هذه المسألة.

وقد ترجح هذا القول للأسباب التالية:

- الآية التي استند إليها ابن حزم في قوله تعالى: **ولا تكْسِب كُل نفْسٍ إلا عليها ولا تـزِر وازرةٌ وِزر أُخرى ثُم إِلى ربكُم مرجِعكُم فَينبئُكُم بِما كُنتم فِيهِ تختلِفُون** .[1] لا يوجد تعارض بـين هـذه الآية، وبين القول بصحة تصرف الفضولي، كيف ؟ لأنّ الآية توضـح أنّ الإنـسان يتحمـل مسؤولياته أمام تصرفاته، ولا تشير إلى إبطال تصرف الفضولي، لأنّ هذا الأخير يبقى موقوفـا على إجازة صاحب الشأن إن شاء أجاز العقد، وإن شاء أبطله، ويتحمل مسؤوليته فيما بعد.

- إنّ القول بوقف تصرف الفضولي على إجازة صاحب الشأن، أساسه التعاون الذي يجب أن يكون محور التعامل بين الناس، والذي أمر به سبحانه وتعالى في قوله تعالى: **وتعاونوا علـى الْبِر والتقْوى ولا تعاونوا على الْإِثْمِ والْعدوانِ واتقُوا الله إِن الله شدِيد الْعِقَابِ** [2] وإذا كان الغرض من تصرف الفضولي هو تحقيق منفعة لصاحب الشأن، الذي قد لا يستطيع هو نفـسه تحقيقها لسبب من الأسباب، كأن يكون غائبا مثلا ، وتسمح له فرصة لبيع أمواله الذي هو في أشد الحاجة إلى بيعها، فيقوم الفضولي الذي قد تربطه صلة بصاحب الشأن، كأن يكن صديقا له، أو قريبا له، أو يكون جارا له ، فيغتنم هذه الرابطة لبيع أمواله، فيحقق له منفعة ويجلب لـه مصلحة، أما إذا تقاعس عن هذا التصرف بأن أمتنع، فقد يلحق بالمالك ضرر كونه لن تتاح له فرصة أخرى لبيع هذه الأموال لاستعمالها في أغراضه، وبالتالي يفوت عليه خيرا كبيرا.

- وحتى، لو فرضنا جدلا أنّ هذا التصرف لا يحقق له منفعة أو مصلحة فإنه لا يسبب له ضررا باعتبار أنّ هذا التصرف موقوفا على إجازته، وأنه لا ينتج أي أثر إلا بعد الإجازة فينفـذ

1 . سورة الأنعام، آية رقم، 164.

2 . سورة المائدة، آية رقم 02.

البيع – التصرف- أو رفض التصرف فيسقط، وإن احتمال تحقيق المصلحة في هذه الحالة أرجح من عدم تحققها.

- الاستدلال بالأحاديث السابقة، التي تنص على عدم جواز بيع الإنسان ما لا يملكه، لا تـدل على إبطال تصرف الفضولي، لكنها تدل على عدم جواز بيع ما لم يمتلك، والفضولي لا يقـوم بذلك، إلا في حدود فعل الخير وأعمال البر، حيث يغتنم الفرصة لتحقيق المـصلحة لـصاحب الشأن، وهذا التصرف لا ينتج أثاره، إلا إذا أعتبره صاحب الشأن بإمضائه أو إلغائه.

- الاستدلال كذلك بالحديث " إنّ دمائكم... عليكم حرام"،[1] يستنبط منه عدم جواز الاعتداء على أعراض الناس وأموالهم ودمائهم، وتصرف الفضولي ليس من هذا القبيل، ولكنه يدل على أواصر المحبة والتكافل والتعاون، فهو شعور المسلم بأخيه الذي يكون حريصا دائما على تحقيق منفعة ومصلحة أخيه بأي ثمن، وعمل عروة البارقي يجسد هذا الشعور.

لقوله تعالى: **وتعاونوا علَى الْبِر والتقْوى ولا تعاونوا علَى الْإِثْمِ والْعدوان واتقُوا اللـه إِن الله شدِيد الْعِقَابِ .**[2]

- إنّ التصرف الذي قام به عروة البارقي خارج عن إطار الوكالة، ولم يكن النبي صـلى اللّـه عليه وسلم على علم ا، بدليل أنه عند رجوعه أخبره بما فعل، فدعا له الرسول صلى اللّه عليه وسلم بالبركة، فقط ما يدخل في الوكالة هو شراء الشاة بالدينار، أما غيرها مـن التـصرفات الذي قام ا لا علاقة لها بالوكالة كما أسلفنا القول.

- حديث الغار لابن عمر يدل على صحة تصرف الفضولي، ولا يمكن أن يؤول على غيره ذلك كما فعل الشافعية، ولقد بوب له الإمام البخاري بقوله:" إذا اشترى شيئا لغـيره بغـير إذنـه فرضي".[3]

- قال الإمام ابن حجر:" لكن يتقرر بأنّ النبي صلى اللّه عليه وسلم ساقه مساق المدح والثنـاء على فاعله، وأقره على ذلك، ولو كان لا يجوز لبينه، فبهذا الطريق يصح الاستدلال به، لا رد

1 . سبق تخريجه في الهامش رقم 5 ، ص 56.

2 .سورة، المائدة ، آية رقم 02.

3 .أشارت إليه سعاد سطحي، ، سبق ذكره، ص 153.

كونه شرع من قبلنا..."[1]. من خلال هذه الحجج والبراهين المذكورة نقول أنه لا مانع من القول بصحة تصرف الفضولي، لأنّ هذا هو الأقرب إلى المعقول، والمعلوم سواء من حيث تيسير أساليب المعاملات بين الناس، وجلبه المصالح لهم، ودفع الضرر عنهم.

وانطلاقا من الحرص على مصالح العباد، واستقرار المعاملات، جعل تصرف الفضولي صحيحا موقوفا، فهذا لا يدل على عدم إطلاق الضمان لكل شخص أن يتصرف في ملك الغير، لكن يجب ذلك بتحديد مجال عمله وضبط حالاته، وفقا لمبررات شرعية، كغياب صاحب الشأن، وخوفا من الضرر الذي يلحق بأمواله، أو لتحقيق مصلحة ومنفعة.

وعليه نقول: أنّ وقف العقود مطلقا هو الأظهر في الحجة، وهو قول الجمهور وليس في ذلك ضرر أصلا، بل هو، إصلاح بلا فساد، فإنّ الرجل قد يرى أن يشتري لغيره، أو يبيع له، أو يؤجر له أو يستأجر له ثم يشاوره إن رضي، و إلا لم يحصل له ما يضره.[2]

المطلب الثالث: تأصيل الفضالة وطبيعتها القانونية في القانون المدني الجزائري

لقد اختلف الرأي بشأن اعتبار الفضالة، مصدرا للالتزام أم لا، بحيث ذهب رأي إلى أنها تدخل في طائفة أشباه العقود، ورأي آخر اعتبرها في طائفة الأعمال النافعة التي يترتب عليها الإثراء على حساب الغير، إلى رأي ثالث يقول برد الالتزامات الناشئة عن الفضالة، إلى القانون الذي هو مصدر لها.

لكن في هذا المقام ينبغي التساؤل عن الطبيعة القانونية للفضالة في القانون المدني الجزائري، والذي اعتبرها شبه عقد تقليدا للقانون المدني الفرنسي، حيث يعتبر الإثراء بلا سبب كمبدأ عام، والفضالة كتطبيق من تطبيقاته، وسنحاول في هذا الإطار تبيان أهم النظريات في هذا الموضوع.

---

1 .ابن حجر، فتح الباري، ج4، ص409.

2 . ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الدمشقي، أبو عبد الله، متوفى 751هـ، إعلام الموقعين، عن رب العالمين، تحقيق طه عبد الرؤوف، ساعد، دار الجيل، بيروت، 1973، ج2، ص 56.

الفرع الأول : نظرية العقد

كانت الفضالة تعتبر شبه عقد، وكانت تقرب من الوكالة، ولقد أدرج أنصار هذه النظرية الفضالة في فصل أشباه العقود، والتي هي أفعال إرادية للإنسان ومشروعة ينشأ منها التزام نحو الغير، وبالتالي هي أعمال إرادية تلزم فاعلها إزاء الغير، ويلزم الغير إزاء الفاعل.

"وأساس هذه النظرية التقسيم الخماسي التقليدي لمصادر الالتزامات الذي قال به في القانون الفرنسي القديم...وهو يجعل مصادر الالتزامات خمسة: العقد، وشبه العقد، والجريمة، وشبه الجريمة، والقانون، ويقرب بين العقد، وشبه العقد على أساس توافر الإرادة في كل منهما، ويفّرق بينهما على أساس أنّ الإرادة في الأول حقيقية وفي الثانية مفترضة، ويعتبر أنصار هذه النظرية الفضالة شبه عقد لأنها تقوم على أساس إرادة الفضولي، عملا مشروعا تترتب عليه الالتزامات."[1]

وقد نص على هذا النوع من شبه العقود التقنين المدني الجزائري، ووضع الفضالة تحت عنوان شبه العقود وقسمه إلى الإثراء على حساب الغير، و الدفع غير المستحق، وكذا الفضالة.

وقد وجه نقد لهذه النظرية مفاده، أنّ فكرة شبه العقد فكرة مضلّلة وغير معقولة، لأنها توحي بأنّ المسمى شبيه بالعقد، من حيث إنه عمل إرادي مشروع في حين أنّ الواقع، ليس إراديا ولا مشروعا، ففي الفضالة، يلتزم رب العمل الذي لم يعلم أو لم يأذن للفضولي القيام بالشأن فإنه يلتزم، نتيجة لإثراء على حساب الغير وهو إثراء غير مشروع.

وعليه " إنّ طائفة شبه العقود التي أوردها التقنين المدني الفرنسي، وكذلك التقنين المدني الجزائري، لا وجود لها، ومن الغريب أنّ مشرعنا،[2] لم يتدارك هذا الخطأ، وكنت أظن أن هذه الدراسة الفقهية، وما نصت عليه، بعض التشريعات، كافية لنبذ هذه الفكرة، وعدم النص عليها"[3]

1 .مرقس سليمان ، الإثراء بلاسبب، مرجع سبق ذكره ، ص 258.

2 . المقصود به، المشرع الوضعي، أو المقنن الجزائري

3. ذهبية حامق، الفضالة، سبق ذكره، ص39.

الفرع الثاني: نظرية الوكالة المفترضة

و مفادها اتجاه إرادة الفضولي إلى الغير عند التدخل أو العمل، و يفرض أن تتجه إرادته إلى الالتزام بما يرتبه القانون على ذلك من التزامات، ويفرض كذلك في رب العمل قبول ذلك وما ينتج من أثار، ويكون هذا الافتراض مؤقتا يتأكد بعده بإقراره، وانطلاقا من هـذا تعتـبر الفضالة نوعا من الوكالة المفترضة، أو المرتجلة.

"وقد وجهت إلى هذه النظرية كذلك انتقادات مفادها، أنها تسرف في افتـراض إرادة الفضولي، وكذلك إرادة رب العمل ما يخالف الواقع والغالب عملا، إذ أنّ رب العمـل يجـد نفسه ملزما بعمل الفضولي، دون أن يعلم به، فكيف يفترض فيه اتجاه إرادته إلى هذا الالتـزام؟ ومتى كان افتراض إرادته غير ممكن لمخالفة الواقع، امتنع اعتبار الفضالة وكالة مفترضة، ولـو أمكن افتراض اتجاه إرادة الفضولي نحو إلزام نفسه، لأنّ الإرادة الواحدة، لا تكون عقدا بل هي لا تصلح أن تنشئ التزاما في ذمة صاحبها إلا استثناء، وبناء على نص خاص".[1]

هذا وقد أشرنا إلى أهم الفروق بين الفضالة والوكالة، في المبحث الخاص بالمقارنة بـين هذين النظامين.[2]

الفرع الثالث: نظرية الإرادة المنفردة والعمل النافع

ومفادها أنّ الفضالة مصدرا لالتزامات الفضولي ورب العمل، فإرادة الفـضولي هـي التدخل لمصلحة الغير، أما العمل النافع الذي يلتزم به رب العمل.

كذلك هذه النظرية لم تسلم من النقد باعتبار الفضولي يلتزم بإرادته المنفردة، لأنه حين يتدخل في شأن رب العمل، لا يقوم بترتيب الالتزامات على عاتقه، بقدر ما يهدف إلى المحافظة على أموال الغير- رب العمل- وطبقا لنص المادة 153، الذي تنص على: " أنّ الفـضولي لا يستطيع أن يتملص من التزاماته التي أخذها على عاتقه".[3]

1.مرقس سليمان، مرجع سبق ذكره، ص260.

2.المبحث الثالث، تحت عنوان الفرق بين الفضالة والوكالة، في الفصل الأول، ص45

3.م 13، من القانون المدني الجزائري، ص5.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى" فإنه لا يصح اعتبار التزام الفضولي ناشئا من إرادته المنفردة، لأنّ الإرادة التي تكون لها القدرة على إنشاء الالتزام هي الإرادة التي تتجه إلى إنشائه، والتي تكفي بذا ا لذلك، وليست إرادة الفضولي من هذا النوع".[1]

إنّ الالتزامات التي ينشئوها الفضولي، تتجه إلى الأعمال المادية، الذي يتدخل فيها وليست إلى ذمته.

أما بالنسبة إلى الشق الثاني من النظرية إنكار العمل النافع، أو الإثراء بلا سبب هو ليس من مصادر التزام رب العمل، لانعدام سبب الافتقار والإثراء.

وكذلك هذه النظرية تقسم وتجزأ عمل الفضولي، إلى شطرين مستقلين، عمله المادي النافع للغير، وإرادته باعتبار أنّ عمله المادي يعد مصدرا لالتزامات هذا الغير، وإرادته التي تعد مصدرا لالتزاماته نحو الغير، في حين أنّ عمل الفضولي وحدة واحدة لا يمكن تجزيئه.

الفرع الرابع: نظرية العمل النافع والقانون[2]:

يرجع أصحاب هذه النظرية الالتزامات الناشئة عن الفضالة إلى القانون، دون الإرادة مع إبقاء العمل النافع مصدرا لالتزامات رب العمل، وقد وجهت انتقادات كذلك إلى هذه النظرية مفادها.

أنه من غير المعقول تجزئة واقعة الفضالة إلى مصدرين على كل حدى، فالكل منهما يعتبر مصدرا لالتزامات أحد طرفي الفضالة، دون التزام الآخر.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إنّ القول ذه النظرية غير مستساغ، لأنّ القانون مصدر غير مباشر لجميع الالتزامات، إذ يعتبر القانون مصدر العقد، والفعل الضار غير المشروع، وعمل الفضولي يدخل في طائفة الأعمال النافعة، وعليه تعتبر الفضالة تطبيقا خاصا للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب.

الفرع الخامس: إسناد جميع الالتزامات المترتبة على الفضالة إلى القانون

ومفاد هذه النظرية أنّ جميع الالتزامات المترتبة على الفضالة مصدرها المباشر القانون، إذ هذا الأخير يفرض على الفضولي ورب العمل التزامات، متى تحققت شروط الفضالة.

1.مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق،ص 262.

2 .مرقس سليمان، المرجع نفسه، ص264، وما بعدها

جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يلي:" يعتبر القانون مصدرا مباشـرا لالتزامات الفضولي، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادي".[1]

وقد وجه لهذه النظرية نفس النقد الذي انتقدت به النظريات السابقة.[2]

خلاصة:

يستخلص مما تقدم أنه لم يستقر الفقه على رأي واحد حول الطبيعة القانونية للفـضالة، ومن الصعب تحديد ذلك، وعليه فإنّ العمل النافع الذي يقوم به الفضولي لحساب غيره، هـو الذي يعتبر مصدر الالتزامات التي تترتب على الفضالة، سواء في ذمـة رب العمـل أو ذمـة الفضولي، حيث يعتبر تطبيقا خاصا لقاعدة الإثراء على حساب الغير، وإن كان القانون المـدني الجزائري اختلف عن ذلك، وجعلها مصدرا مستقلا للالتزام، إلى جانب الإثراء بلا سبب، ودفع غير المستحق.

1 .السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص1406.

2 .العمل المادي الإرادي، أن الذي أراده الفضولي هو العمل المادي لا التزامات التي يرتبها القانون علـى هذا العمل

المبحث الثالث: أركان الفضالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري.

أتناول في هذا المبحث أركان الفضالة، في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، من خلال التعريج على المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أركان الفضالة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أركان الفضالة في القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: أركان الفضالة في الفقه الإسلامي

قلنا إنّ الفضالة هي: " وصف يقوم بشخص يتصرف بمقتضاه في شؤون غيره نفسا ومالا بدون إذن من صاحب الشأن، الذي تصرف عنه، ولا ولاية مشروعة ولا وصاية".[1]

وأثناء حديثنا عن تعريف الفضولي، وما استنبطناه من أقوال الفقهاء خلال تعريفهم للفضولي والفضالة، من أنها التدخل في شؤون الغير، إذن القائم بهذا العمل، يهتم بشؤون الآخرين، ويتصرف مكانهم دون إذن ولاية، ولا وصاية، وغالبا ما يكون هذا التدخل لصاحب الشأن بالنفس، والمال، كما قد يكون بالنفس تارة، وبالمال تارة أخرى.

وعليه من خلال هذا يمكن لنا أن نبرز هذه الأركان التالية، في الفروع الآتية، وهذه الأركان هي:

- التدخل أو التصرف في شأن، -شؤون الغير- يعني نطاق تصرفات الفضولي
- توفر صفة الغيرية، يعني يجب توافر، شخص آخر صاحب الشأن.
- أن لا يكون الفضولي ملزما أو مأذونا وغير ولي يعني ملائمة تدخل الفضولي.

1 . سبق الكلام عنه في الفصل الأول من ص 23

الفرع الأول: نطاق تصرفات الفضولي أو أعماله

إنّ المستقرئ لكتب الفقه بخصوص مسألة الفضالة" يجد فقهـاء الـشريعة الإسـلامية يستعملون كلمة البيع والشراء، كما يجدهم يستعملون كلمة تصرف باعتبارها عامة تشمل كل ما يصدر عن الفضولي، والتعبير بالبيع والشراء من باب التعبير عن الجز، للدلالة على الكـل، ويقاس عليها بقية العقود الأخرى، مع وجود بعض الاختلافات التي تستوجبها طبيعة كل عقد، وفي هذا الفرع سنتناول طبيعة هذه التصرفات، وهل يحق للفضولي التدخل مهما كـان هـذا العمل، أو التصرف؟ أم يجب على الفضولي التدخل في إطار محدود، وأن صلاحيته للتصرف لا تمس الأعمال المادية، والتصرفات الفعلية؟

هنا اختلف الفقهاء في هذه المسألة تبعا لاختلافهم في موضوع الفضالة، وعلـى هـذا اختلفوا في نطاق أعمال وتصرفات الفضولي، هل يكون تدخل الفضولي من قبيل التـصرفات القولية، أو من قبيل التصرفات الفعلية؟

ولقد قبل الفقه الإسلامي الفضالة في التصرفات القانونية والأعمال المادية، وذلك استثناء من المبدأ العام الذي قررناه فيما سبق، وقلنا بأنه لا فرق بين تولي الفضولي شأن غيره، سـواء كان هذا الشأن من قبيل التصرف القانوني، أو من قبيل العمل المادي.

ومنعا للتكرار قد تطرقنا إلى هذا الموضوع بشيء من التفصيل فيستحـسن الرجـوع مباشرة إلى موضعه فيما مضى من هذه المذكرة.[1]

الفرع الثاني: تحقق صفة الغيرية

صفة الغيرية المنصوص عليها في التعريف السابق" غيره...".[2] مطلب أساسـي، كونـه معيارا لتمييز الفضولي عن غيره، وفي الواقع قد يقوم الفضولي بتصرف ما، ولكن لا نفرق بـين ما هو تصرف لنفسه أم لغيره ، وعليه ما هو معيار التفرقة بين ذا وذاك؟ وإذا سلمنا فرضـا أنّ نيته تتجه للعمل لحساب الغير فما هو ضابط تلك النية، وهل يمكن الكشف عنها؟ وعلى هـذا

---

1 . الفضالة في الشريعة الإسلامية وموقفها منها، وهذا تجنبا لإعادة ما قلناه بشأن هذا الموضوع ارجـع إلى المبحث الرابع تحت عنوان تطور الفضالة في الأنظمة الغربية وكذا موقف الشريعة الإسلامية منـها، ص 30 ص36

2 . أشرت إليها في الفصل الأول، ص 23.

لا يمكن إدخال كل من المالك، والولي، والوصي، والوكيل، والقاضي، والسلطان في دائرة الفضالة، نظرا لوجود ضابط الإذن في التصرف.

هذه أسئلة أجابنا عنها فقهاؤنا، من خلال بحثهم لمسائل تصرفات الفضولي في أماكن متعددة من مؤلفاتهم.

لقد قلت أنّ تصرفات الفضولي تبقى موقوفة على إجازة رب العمل الذي يلتزم بها، وعليه إذا صرح الفضولي في تصرفه أنه يعمل لحساب صاحب الشأن، فإنه بذلك يكشف عن نيته في العمل لصالح الغير، وهذه هي صورة الفضالة.

أما إذا لم يعلن عن ذلك صراحة، بأن كان تصرف الفضولي يتوقف على إجازة رب العمل، فالتصرف يعتبر صحيحا، لكن أثاره تتوقف على الإجازة، وبالتالي يفرض وجود نية الغيرية.

وإذا كان التصرف يلزم صاحب الشأن مباشرة دون حاجة إلى إجازة، فهناك اختلاف بين الفقهاء في ذلك.

فالحنفية والشافعية، يعتبرون الفضولي متبرعا بما ينفقه لمصلحة رب العمل.

والمالكية والحنابلة، يكتفون بأن يكون لدى الفضولي قصد الرجوع على رب العمل بما ينفقه.

وزيادة على ما قلناه أنّ مهنة الفضولي، دلالة على نيته في العمل لحساب صاحب الشأن ولكن على اختلاف في هذه المسألة.[1]

" وعلى العموم فإنّ تقدير نية الغيري، هي مسألة وقائع تخضع لتقدير القاضي حسب الظروف والملابسات، ويجب عليه أن يقوم بهذا التقدير، بأن يأخذ في الاعتبار الأعراف.

فريق يذهب إلى عدم اعتبار مهنة الفضولي كمعيار للكشف عن نيته أنه يعمل لصاحب الشأن، وعليه يشترط إذن صاحب الشأن.

كما يمكن أن تتحقق وتنكشف نية الفضولي في العمل لحساب الغير في حالة ما إذا كان الفضولي يقوم بشأن نفسه وغيره، في آن واحد، يعني: أنّ طبيعة العمل تستوجب ذلك.

"كصاحب العلو الذي يبني السفل بغير إذن مالكه".[1] فهو يعتبر فضولي لأنه يعمل لمصلحة صاحب السفل بغير إذن منه.

طبعا هذا ما صرحت به مجلة الأحكام العدلية.[2]، في المادة 1315/1084 ، وهناك حالة أخرى وهي إذا قام الفضولي بتصرفات باسمه الشخصي دون أن يكشف عن صاحب الشأن، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا التصرف.

فذهب فريق إلى أنه يعتبر فضوليا، ولا فرق بين إعلان نيته، أنه يعمل لحساب صاحب الشأن أو لم يعلن".[3]

وذهب فريق آخر إلى أنه يعتبر غاصبا، [4]على اختلاف في مدى صحة تصرفاته.[5]

---

1. ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2، ص417.

2 .علي حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ج3، المادة 1084 الخاصة بإجارة أحد الشركاء، كل الدار المشتركة، ص40.، المادة 1315، الخاصة ببناء مالك الطابق الأعلى للطابق الأسفل المملوك لغيره، ص342، ص343

3 . الخرشي، شرح...ج6، ص 146، وكذا الدردير، الشرح المكبير، سبق ذكره، ج3، ص457.

4 .مالك، المدونة،ج 14،ص380،النووي،المجموع،ج9،ص283، ابن رجب القواعد، ص454.

5 . أكثر الحنفية لا يفرقون بين تصرفات الغاصب وتصرفات الفضولي كلاهما يعتبران من الفضالة، انظر في هذا الكاساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج7، ص145، وكذا أنظر السرخسي المبسوط، سبق ذكره، ج11، ص 61.

ويذهب الإمام مالك وكثير من أصحابه إلى أنه كذلك لا فرق بين التصرفين ، - الغاصب والفضولي-، انظر مالك ، المدونة، ج14 ، ص380. القرافي، في الفروق، سبق ذكره، ج3، ص242.

ومذهب الإمام الشافعي القديم لا فرق بينهما أما في المذهب الجديد ففيه قولان، أظهرهما بطلان تصرفات الغاصب والقول الثاني، أنه للمالك إجازة هذا التصرف، أنظر النووي في المجموع ج9، ص 283.

أما الحنابلة، نقل عنهم ثلاث روايات عن الإمام احمد أحدهما أن تصرفات الغاصب باطلة ورواية أخرى تصح بشرط إجازة رب العمل، والرواية الثالثة تعتبر أن تصرف الغاصب يصح وينفذ من دون إجازة، انظر المرداوي ، الإنصاف، سبق ذكره، ، ج6، ص 309، ابن رجب ، القواعد ص 455، ابن قدامى ، المغني ج5، ص249

في هذه الحالة كما نرى أنّ كثيرا من الفقهاء، أطلقوا صفة الغاصب على المتـصرف لا صفة الفضولي، وذلك لأنهم استنتجوا انعدام نية الغيرية على هذا التصرف.

والقليل من الفقهاء من أعتبر الغاصب فضوليا ولا فرق بينهما، لأنّ المالك بتدخله هـو من سيكشف اللبس عن هذا التصرف.

هذا وقد يتدخل شخص في شؤون غيره وهو غير عالم بذلك، فتنصرف نيته إلى العمل لحساب نفسه، وهو في الحقيقة يعمل لحساب غيره، كما لو كان بستان لشخص يعتقـد أنـه المالك له، فقام بأعمال فيه، كسقي وتقليم للأشجار وغيره، ثم بعد ذلك تبين أن هذا البـستان مملوك لشخص آخر فالمتدخل لا يعتبر فضوليا بالنسبة إلى المالك الحقيقي لعدم وجود نية الغيرية، أما أعماله التي قام ا فتخضع لأحكام الإثراء على حساب الغير.

وذهب الفريق الثاني، إلى عدم اعتبار مهنة الفضولي معيار كاشف عن حقيقة وجـود النية، للعمل لحساب صاحب الشأن، بشرط أن يقوم الفضولي بعمله على الوجه المعروف، فقام بعمل كخدمة أرض وزرعها وغيره.

أما عكس الحالة الأولى تنصرف نية الشخص إلى العمل لحساب الغير، وهو يعمـل في الحقيقة لحساب نفسه، كمن باع مال أبيه ضانا حياته، فبان أنه قد مات، وأن البائع هو وارثه الوحيد.[1]

وعليه من خلال هذا ينبغي أن نفرق، بين الأعمال التي تنصرف فيها نية الفـضولي إلى القيام بشأن الغير، أو أنه يعمل لحسابه الأصلي، وبين أن يعمل لمصالحه الخاصة، وهو يعمل في الحقيقة لمصالح الغير، فهنا ينبغي التفريق بين أعمال الفضالة، وأعمال النيابة، أو الإثـراء بـلا سبب.

1.الحنفية يرون أن البيع صحيح نافذ دون الحاجة إلى إجازة، انظر السيوطي، الأشباه والنظـائر، ص229، ص230. أما الشافعية والحنابلة، على رأيان، أحدهما أنّ العقد صحيح دون الإجازة، والرأي الثاني، يعتبر أنّ العقد باطل لأنه في معنى المعلق بموته، انظر، ابن رجب القواعـد، سـبق ذكـره، ص 120، المـرداوي، الإنصاف، سبق ذكره، ج6، ص275.

الفرع الثالث: أن يكون التدخل نافعا وللضرورة

لقد قلنا بأنّ تصرفات الفضولي، متوقفة على إجازة صاحب الشأن، والتي تعتبر وسيلة وقائية له، حتى يعرف العمل الذي قام به الفضولي، هل فيه ضرر أو فيه مصلحة أو منفعة، وبالتالي يحق له الفسخ كما يحق له الإمضاء، وهذا سدا لذريعة تدخل الأشخاص في شؤون غيرهم دون مسوغ مقبول، وقلنا كذلك أنّ الشريعة الإسلامية قبلت الفضالة استثناء من المبدأ العام، وهو عدم التدخل في شؤون الغير إلا إذا كانت هناك ضرورة ملحة، أو تترتب على التدخل مصلحة أو منفعة صاحب الشأن، ولما كانت تصرفات الفضولي تتطلبها الحياة اليومية للأفراد، أعتقد أنّ المصلحة والمنفعة فيه محققة، وقد تكون تصرفات الفضولي ملزمة لرب العمل، دون الحاجة إلى إجازته.

وانطلاقا من هذه الاستثناءات نتساءل كيف يمكن تقدير تدخل الفضولي فيه، فانقسم الرأي عند فقهاء الشريعة إلى قسمين؟

فريق الحنفية أثبتوا أنّ هذه التصرفات تأسست على الضرورة، وجمهور الفقهاء، من المالكية، والشافعية، والحنابلة، قالوا تأسست على المنفعة والمصلحة.

وسبب اختلافهم في ذلك صفة الإلزام، فالحنفية بنيت عندهم هذه التصرفات على الأصل التشريعي الاستحسان.[1]

---

1 **الاستحسان،** في اللغة: عد الشيء حسنا

أما في **اصطلاح** الأصوليين: " هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي.

أما أقسامه، استحسان القياس، واستحسان الضرورة.

إستحسان القياس، ترجيح قياس خفي على قياس جلي.

إستحسان الضرورة: استثناء جزئية من حكم كلي بدليل، كنهي الشارع عن بعض العقود وترخيصه لبعض العقود مثل الزراعة، فالمعقود عليه فيها معدوم وقت التعاقد، ووجه الاستدلال حاجة الناس إليها، وعليه استثنينا جزئية من حكم كلي بدليل وهذا هو الاستحسان.

حجيته: قال به الحنفية، وتوسعوا في معناه بزيادة نوعين هما:

ما يستحسنه المجتهد بعقله، وقد حكى عن أبي حنيفة أنه حجة.

انظر ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامى المقدسي أبو محمد، 620هـ، روظة الناظر، تحقيق، عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن مسعود، الرياض، ط2، 1399. ج1، ص 167.

وأما الفريق الثاني، بنيت عندهم – صفة الإلزام- على الأصل التشريعي الاستصلاح[1].

= الدليل الذي ينقدح في نفس ا تهد، ولا يقدر على التعبير عنه، نفس المرجع، ج1، ص167.
المالكية: أخذوا به كدليل مستقل: "...تؤثر في القياس ...وتوجب تركه وأن العمل ذا ما يتفق مـع روح الشريعة الإسلامية ومبادئها العمة"
الشافعية، قال الشافعي: " من استحسن فقد شرع، " انظر الآميدي، علي بن محمد الآمدي، أبو الحـسن، تحقيق ، السيد الجميلي، دار الكتاب العربي بيروت، ط1، 1404هـ، الإحكام ، ج4 ، ص162.
الحنابلة، القول بالاستحسان مذهب أحمد رحمه اللّه: " ابن قدامى روظة الناظر، ج1، ص167.

استنتاج:

إن الاستحسان كما رأينا مختلف في حجيته بين الفقهاء ولم يتفقوا في تحديد معناه، فالمثبتون لحجيته يريدون منه معنى غير المعنى الذي يريدوه نافوه، باعتبار أن الاستحسان هو عدول عن حكم ظاهر إلى حكم خفي أقوى دلالة من الظاهر وليس مجرد تشريع بالهوى.

1. **الاستصلاح**: في **اللغة،** عد الشيء واعتقاده صالحا

في **الاصطلاح**: بناء الأحكام الفقهية على مقتضى المصالح المرسلة، يعني المصالح التي يرد بشأ ا نص، وإنمـا الأصل فيها ما جاءت به الشريعة الإسلامية من مبادئ عامة وقواعد كلية من شأ ا أن تعتبر المـصالح وأن تحميها بصورة مرسلة، أي مطلقة غير مقيدة بنص خاص، انظر ابن قدامة، روظة الناظر، مرجع سبق ذكره، ج1، ص167.

حجيته: إن المصلحة المرسلة حجة عند الإمام مالك، دون غيره من الأئمة، انظر، الإحكام، الآمـدي ج4، ص165.

لكن المستقرئ لكتب الفقه يدرك حقيقة مفادها أن المذاهب الفقهية تقريبا اعتبرت المصلحة المرسلة حجة شرعية، وبنت عليها كثيرا من المسائل، وإن لم تصرح بأ ا مبنية على المصلحة، وعلى ذلك ومن باب الإشارة نبين كل مذهب على حدى بذكر بعض الأمثلة.

المالكية، أباحوا حبس المتهم وتعزيره توصلا إلى لإقراره.

الحنفية: حجروا على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس.

الشافعية: أوجبوا القصاص من الجماعة إذا قتلوا الواحد

إذن، جميع هذه المصالح التي قصدها بما شرعوه من الأحكام هي مصالح مرسلة، انظر عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه.......ص 96

وعليه سنتعرض إلى ما ذهب إليه كل فريق على حدى.

الفريق القائل بالضرورة: لقد قسم الحنفية التصرفات التي تلحق رب العمل، دون إجازة أو إذن، إلى قسمين:

القسم الأول: تشمل على تصرفات يعتبر إذن رب العمل فيها موجودا دلالة.[1]

مثاله: يجوز للولد والوالد الشراء من مال المريض، ما يحتاج إليه المريض بلا إذنه، وكذا أحد الرفقاء في السفر.[2] ففي هذا المثال، نلاحظ أنه يجوز للفضولي التدخل، وذلك للضرورة التي تقضي بذلك خوفا من هلاك المريض، ولو بذر المزارع بذرا فسقاه آخر لم يضمن.[3]

وفي هذا المثال نلاحظ أنّ الشخص قد تدخل لمنفعة رب العمل وذلك للمحافظة على الزرع من الهلاك، إنّ مثل هذه التصرفات ضرورية، وذات منفعة، وفيها مصلحة لصاحب الشأن، ولا شك أنّ الإذن ثابت دلالة ولا يعقل أن يرفض، أو يمتنع أي شخص عن الإذن في تصرف ما إذا كان فيه منفعة له.

القسم الثاني: يشتمل على تصرفات فسر إلزامها لرب العمل، باضطرار الفضولي إلى مباشرتها للوصول إلى حقه، أو للمحافظة على ماله.[4]

= ومن **شروط الاحتجاج** بالمصالح المرسلة:

أنّ من يحتج بالمصلحة المرسلة، احتاطوا للاحتجاج ا حتى لا نكون بابا للتشريع بالهوى والتشهي ولهذا اشترطوا في المصلحة المرسلة التي تنبني عليها التشريع شروطا ثلاثة:

- أن تكون مصلحة عامة، وليست مصلحة شخصية ، بمعنى تحقق منعنعة للناس عامة وتدفع عنهم الضرر.
- أن لا يعارض التشريع لهذه المصالح حكما أو مبدأ ثبت بالنص أو الإجماع وعليه لا يصح اعتبار المصلحة تقضي بالمساواة بين الابن والبنت في الإرث، فهذه ملغاة بنص القرآن.
- أن تكون مصلحة حقيقية، وليست مصلحة وهمية بمعنى أن يتحقق من أن التشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعا، أو يدفع ضررا، انظر عبد الوهاب خلاف، ص86، ص87.

1. انظر صبحي المحمصاني، النظرية العامة للالتزامات، سبق ذكره، ج1، ص76.
2. ابن عابدين: رد المحتار، سبق ذكره، ج5، ص174.
3. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 111.
4. صبحي المحمصاني، مرجع سابق، نفس الموضع

مثاله: إذا قضى أحد الورثة دين الميت، ليتوصل بذلك إلى أخذ حقه من التركة بالقسمة، فإنه يرجع على التركة بما قضاه وهذا واجب قد أداه عن غيره بغير إذنه وقد رجع به.[1]

نستنتج أنّ الفضولي إذا لم تكن له ضرورة يعتبر متبرعا، ولا يحق له الرجوع بما أنفق، ولكن لما كانت الضرورة موجودة، وهي الوصول إلى حقه، وبالتالي يحق لصاحب الشأن أن يضمن.

وهذا ما ذهب إليه الشافعي، بحيث إذا أعار شخص عبده لرجل ليرهنه، فرهنه ثم أنّ صاحب العبد قضى الدين بغير إذن المستعير و افتك الرهن، رجع بالحق.

وأخيرا نقول أنّ الحنفية والشافعية بخصوص موضوع التزام رب العمل بتصرفات الفضولي دون إذنه، ولا إجازته، لا يعترفون ا إلا إذا كانت ضرورية.

الفريق الثاني القائل بالمنفعة، المالكية والحنابلة.

لقد اتبع هذا الفريق نفس ج الفريق الأول، وقسموا تصرفات الفضولي التي تلزم رب العمل دون حاجة إلى إذنه، أو إجازته، إلى قسمين:

القسم الأول: أمور تجب على رب العمل أن يؤديها، انطلاقا من أنّ " من أدى عن غيره واجبا أن يرجع به".[2]

ولو أجر شخص إبله وتركها في يد المستأجر، فأنفق عليها يكون له مطالبة المؤجر بما أنفقه نص عليه مالك ".[3]

وبالتالي كانت المنفعة التي أستنفع ا صاحب الشأن، سبب في التزامه ورده ما أنفقه الفضولي عليه.

1.ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الدمشقي، أبو عبد اللّه، متوفى 571 هـ، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق، طه، عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973م، ج2، ص417.

2 .ابن القيم، نفس المرجع ونفس الوضع.

3 . ابن القاسم عن مالك، برواية سحنون، المدونة، ج11، ص142.

القسم الثاني: كل الأعمال التي فيها منفعة لرب العمل.

" وكل عمل يوصل للغير نفع مال، أو غيره بأمره أو بغير أمره، فعليه رد مثلـه في القيـام بالمال، وعليه أجرة المثل في القيام بالعمل، إن كان لابد من الاستئجار عليه، أو لا بد من إنفاق ذلك المال، وذلك بناء على حصول الإذن عادة".[1]

ومثل ذلك " إذا حصد شخص زرع شخص آخر في غيبته، فإنه يرجع على المالك بـأجرة عمله ".[2]

وعليه نستنتج أنّ المالكية، والحنابلة، استثنوا الإذن السابق أو الإجازة، واعتبروا أنّ كل عمل نافع لرب العمل، أو كل من أدى عنه واجبا يكفي أن تكون أحد الأسباب لالتزام رب العمل، دون الإذن السابق أو الإجازة، وبالتالي ليست مستثنيات من القاعدة العامة مـن التـدخل أو التصرف في ملك رب العمل، دون إذن أو إجازة.

إذن نستنج أنّ هناك إطلاق وتقييد، فالحنفية والشافعية يقولون بضرورة أن يكون تـدخل الفضولي ضروريا وبالتالي قيدوا هذا التدخل.

أما المالكية، والحنابلة، فقد أعطوا لتصرف الفضولي صلاحيات أوسع، باعتبار أنّ ميـدان الفضالة ميدانا واسعا، و بالتالي أطلقوا هذا التصرف.

المطلب الثاني: أركان الفضالة في القانون المدني الجزائري

لقد جعل القانون المدني الجزائري، كما رأينا الفضالة نظاما مستقلا عن غيره من النظم، لكن في ظل الاختلاف الحاصل في القوانين الغربية حول أركان الفضالة، تولى القانون المـدني الجزائري بيان الأركان الواجب توافرها في الفضالة.

1 . القرافي ، الذخيرة، ج4، ص29.

2 . ابن القيم، إعلام الموقعين المرجع نفسه، ج2، ص419.

انطلاقا من نصوص القانون المدني تقوم الفضالة على أربعة أركان عند من قال بهذا[1] أو على ثلاثة أركان عند من قال بغير ذلك[2]، وحسب المادة 150 السالفة الذكر التي تنص على

1 .ذهبية حامق، الفضالة، سبق ذكره، ص55.

2 . علي علي سليمان، النظرية العامة، مرجع سابق، ص265.

أنّ: " الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد. القيام بالشأن لحساب شخص آخـر، دون أن يكون ملزما بذلك" من هذه المادة، نستخرج الأركان وهي كالآتي:

الركن المادي: أن يتولى الفضولي القيام بالشأن لحساب الغير.

الركن المعنوي: أن يكون ذلك عن قصد، أي: أن تنصرف نيته للعمل لحساب الغير.

الركن القانوني : ألا يكون ملزما بذلك قانونا، أو اتفاقا، ولا منهيا عنه، بمعنى غير ملتزم بـه، ولا موكلا فيه، ولا منهيا عنه.

وهناك ركن رابع لم يشر إليه القانون المدني الجزائري، وهذا لكثرة الاختلاف الحاصـل حوله، وهو كون العمل الذي يقوم به الفضولي لصالح رب العمـل، نافعـا أو ضـروريا، أو مستعجلا، وهذا ما سنحاول توضيحه في حينه.[1]

وبعد هذا نأتي إلى بيان هذه الأركان حسب الفروع الآتية.

الفرع الأول: الركن المادي

وهو قيام الفضولي بشأن لحساب رب العمل، لكن الواقع قد يتولى الفـضولي شـأنا واحد، كما قد يتولى شؤونا مختلفة لرب العمل ولنفسه، والفضالة قد تشمل شؤونا عديـدة، وبالتالي تطبق الفضالة على كل شأن إذا توفرت أركا ا، وعليه يستطيع الفضولي أن يقوم بشأن واحد، كما يمكن له أن يقوم بشؤون تدخل ضمن نطاق الفضالة.

لكن ما المراد بالشأن، أو الشؤون، هل هي من قبيل التصرفات القانونية، أو من قبيـل الأعمال المادية؟

وقد برز اختلاف حول هذا المعنى، من أنّ المقصود بالشأن أو الشؤون، الأعمـال الماديـة والقانونية معا، و أنّ الفضالة تشمل فقط الأعمال القانونية وحدها، أ وقد تـشمل الأعمـال المادية وحدها كذلك.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، نجده استعمل " شأن" مفردا في المـادة 150 ق، م، ج، وهي أن يتولى عن قصد القيام " بشأن" لحساب شخص آخر" ويفهم مـن هـذا المـصطلح – الشأن - أن يتولى الفضولي تصرفات قانونية، أو أعمال مادية، وهو في كلتا الحالتين يجب أن يكون عاجلا.

1 . علي علي سليمان، نفس المرجع، ص265.

أ. الحالة الأولى، التصرف القانوني

يجب أن يكون الشأن تصرفا قانونيا، انطلاقا من أنّ الفضالة إذا أقرها رب العمل تصبح وكالة، وبما أنّ الوكالة لا تكون إلا في التصرفات القانونية، فينبغي أن ترد الفضالة أيضا على هذه التصرفات فقط، وقد يكون الفضولي وكيلا تجاوز حدود الوكالة، أو يستمر في العمل بعد انتهاء الوكالة سواء كان على علم بانتهائها أم لم يعلم. "وقد يعمل الفضولي دون وكالة أصلا، فيقوم بتصرف قانوني باسم رب العمل، مثل أن يقبل هبة الواهب إلى رب العمل".[1]

ب. الحالة الثانية: العمل المادي

لكن إنّ الحالة الأولى قد انتقدت باعتبار أنّ الفضالة قد ترد على الأعمال المادية، أيضا كما ترد على التصرفات القانونية تماما، انطلاقا من الفكرة القائلة بأنّ الفضالة ليست وكالة، وأنّ الفرق شاسع بين الوكالة والفضالة، وبالتالي كل نظام له ميدانه الخاص، كما أنه لا يوجد نص خاص وصريح في ذلك، إذ أنّ المادة المذكورة سلفا لا تنص على ذلك صراحة وبالتالي تصدق على نوعي التصرفات، ولم تقصرها على التصرفات القانونية.

وما يمكن استخلاصه هو أنّ أعمال الفضالة قد تكون تصرفات قانونية كما تكون أعمال مادية، وبالتالي ندعم هذه النتيجة ببعض الأمثلة، ومن ذلك.

إذا قام الفضولي بعمل مادي، فقد يكون هذا الأخير بالنسبة إلى رب العمل، تصرفا قانونيا بالنسبة إلى الفضولي، مثاله، أن يتعاقد الفضولي مع مقاول على ترميم دار، فهذا العمل قانونيا بالنسبة للفضولي وعلاقته مع المقاول، ولكن عمل مادي بالنسبة إلى رب العمل.

كما يمكن أن يكون العمل المادي قانونيا بالنسبة إلى الفضولي، وماديا بالنسبة إلى رب العمل، و يمكن أن يكون العمل ماديا بالنسبة إليهما معا، وبالتالي لا تشترط فيهما الأهلية، ومثال ذلك أن يقوم الفضولي، بإطفاء نار شبت في حقل رب العمل، و هذا العمل المادي يجوز للفضولي إثباته بكافة الطرق، كالنسبية والقرائن.

1 .سعاد سطحية، مجلة منهاج الشريعة، سبق ذكرها، ص156.

" وإذا كان للفضولي أن يقوم لصالح رب العمل بالأعمال المادية والقانونية، فيستثنى من ذلك، بعض الأعمال التي تتجاوز نطاق الفضالة، مثل شراء عقار يرى أنّ فيه ربحا لـرب العمـل...".[1]
بمعنى: الأعمال المخالفة للقانون والآداب العامة والأخلاق أي العمل غير المشروع.

" ومع هذا لم يشر القانون المدني الجزائري إلى أن الشأن الذي تدخل فيه الفضولي عـاجلا مع العلم أن القوانين العربية تناولت ذلك، وكذا كثير من القوانين الغربية"[2].

إنّ الأعمال أو الشؤون التي يقوم ا الفضولي أثناء فضالته، ميدا ا واسع جدا مع العلم أنّ هذا لا يعني عدم وجود بعض الضوابط والالتزامات التي ينبغي أن يلتزم ا، وليس الأمر كذلك على الإطلاق.

الفرع الثاني: الركن المعنوي

وهو قصد التفضل بأداء خدمة للغير، فهذه النية هي أساس التفريق بين الفضالة، والإثراء بلا سبب، باعتبار أنّ الفضولي متفضل يعمل لغيره لا لنفسه، وفي هذا الإطار يتبـادر إلى الـذهن السؤال، هل نكون بصدد فضالة مهما كانت نية الفضولي؟ وهل يمكن اعتبار الشخص الـذي تدخل لمصلحة الغير فضوليا، ولو اتجهت نيته للعمل لمصلحته الشخصية؟ أو أنه ينبغي اعتبـاره فضوليا إلا إذا كانت نيته تتجه لتعمل لمصلحة الغير؟

واستنادا لنص المادة السالفة الذكر، من أنّ يكون العمل لحساب شخص آخر فيـشترط أن يقصد الفضولي مصلحة لغيره لا لنفسه فقط، ولا يكفي مجرد التدخل في شأن الغير، بل لابد أن يكون ذلك بقصد إسداء خدمة للغير، أو على الأقل يدرك أنه على بينة من أنه يعمـل شـيئا لمصلحة غيره.

" فالشخص الذي نعتبره فضوليا هو الذي يقوم بتأدية عمل لمصلحة الغير، أي بقصد إدارة شؤون هذا الغير، دون أن يعود عليه بأية فائدة، فلفظ "بقصد" يؤدي هذا المعنى، ويبين لنا النية التي يجب أن تتوافر لدى الفضولي حين يقوم بعمل لصالح الغير".[3]

---

1 .علي علي سليمان، مرجع سابق، ص269.
2 .سطحية سعاد، مجلة منهاج الشريعة، مرجع سبق ذكره، ص156.
3 . ذهبية حامق ، الفضالة، سبق ذكره، ص 67.

"فالفضالة طبقا لذلك تنتفي إذا كان الفضولي يقوم بالعمل لحساب نفسه فقط، ولو كـان عمله لمصلحة نفسه قد حقق للغير مصلحة، ولكن يكون له في هذه الحالة أن يرجع على هـذا الغير، بدعوى الإثراء بلا سبب".[1]

ولا يشترط أن يكون الفضولي قد قصد إلزام نفسه إزاء ذلك الغير، ولكن العبرة في ذلـك بقصد الفضولي وقت تدخله في شؤون المتفضل عليه.

ولكن إذا قام الفضولي بالعمل لمصلحة نفسه ولمصلحة غيره في وقت واحد، لعدم استطاعته الفصل بين المصلحتين، فإنّ الفضالة تتحقق في هذا استنادا للقانون المدني الجزائري.[2]

ومثال على هذه الحالة: الشريك المشاع يؤجر العين الشائعة، فيستعملها لمـصلحة نفـسه ولمصلحة شريكه في الشيوع، فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه، لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك، وفي الوقت نفسه عمل لمصلحة نفسه.

وإذا اعتقد الفضولي أنه يعمل في شأن عاجل لغيره، ثم تبين أنّ ما يتولاه كان من شـؤون نفسه، فلا محل للفضالة لانتفاء ركنها المادي، وهو التدخل في شؤون الغير، ولا الإثراء علـى حساب الغير، لعدم وجود إثراء للغير.

وإذا اعتقد كذلك أنه يعمل في شأن لنفسه، ثم تبين أنه عمل في شأن غيره، فإنه لا يحق لـه الرجوع بدعوى الفضالة.

" وإذا قام شخص بعمل لمصلحته ومصلحة آخر أيضا، مع استطاعته أن يعمـل لمـصلحته وحده، فلا شبهة في أنه يكون متفضلا على ذلك الآخر بالنسبة إلى ما قدمه له مـن خدمـة، فيكون عمله فضالة في حدود تلك الخدمة مثل ترميم شخص لحائط خاص به، فيكـشف أن حائط جاره الملاصق، في حاجة أيضا إلى ترميم عاجل، فيقوم هو به نظرا لغياب جاره".[3]

وإذا قام بالعمل لمصلحة الغير ولكن كان قصده هو تحقيق مصلحة لنفسه، فـلا تتحقـق الفضالة كذلك مادامت نيته لم تنصرف إلى العمل لحساب غيره، ولكن يجوز له أيضا أن يرجع

1 .علي علي سليمان، مرجع سابق، ص269.

2 .المادة 151، ق، م، ج:"تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي أثناء توليه شأن لنفسه قد تولى شأن غيره لما بين الأمرين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر "، ص31.

3 . مرقس سليمان، مرجع سابق، ص312، ج 5.

على هذا الغير بدعوى الإثراء بلا سبب، ولكن هل يجب أن تنصرف نية الفضولي إلى العمل لحساب شخص معين بذاته؟

إنّ القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على هذه الحالة لكن عبارة المادة 150 من القانون المدني الجزائري تؤدي هذا المعنى، إذ تقول: " يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر "، فالمشرع لا يعني شخصا معينا، بل أي شخص كان.

إنّ ركن النية له أهميته الخاصة في تحقيق الفضالة باعتبارها الحد الفاصل بين الفضالة، وغيرها من الأنظمة المشابهة لها.

الفرع الثالث: الركن القانوني

وهو أن لا يكون الفضولي ملزما بتأدية العمل لحساب الغير، ولا موكلا فيه، ولا منهيا عنه، ولأهمية هذا الركن، نصت عليه جل القوانين بما في ذلك القانون المدني الجزائري في نص المادة السالفة الذكر، في العبارة الأخيرة "دون أن يكون ملزما بذلك".

بمعنى: أنّ رب العمل لم يأمر الفضولي بالقيام أو النهي عن ذلك التصرف، وعلى هذا الأساس، لا يعتبر فضوليا من يكون ملزما بتولي شأن غيره بمقتضى عقد كالوكيل، أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارس، أو بمقتضى نص في القانون كالوصي.

وعليه تتحقق الفضالة، إذا كان رب العمل يجهل تدخل الفضولي في شؤونه بشرط أن لا يكون قد نهاه عن القيام بهذا العمل من قبل.

أما إذا علم رب العمل بتدخل الفضولي، فإما أن يسكت، ولا يعترض عليه تتحقق الفضالة،[1] وإما أن يقر به، وحينئذ تنقلب الفضالة إلى وكالة".[2]

" وبالتالي يتبين اشتراط صراحة في اعتبار العمل فضالة، انعدام التفويض، أو التكليف، أو الإذن، أو الإلزام، وكذا عدم وجود نص صريح أو ضمني من جانب رب العمل".[3]

1 علي علي سليمان، سبق ذكره، ص274

2 . المادة 152، ق، م، ج "تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي"ص ص31.

3 . مرقس سليمان، مرجع سابق، ج5، ص318.

" وقد تطبق قواعد الفضالة، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة، إذا كان من تدخل في شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة، اقتضاها وجود التزام، فرضه القانون على رب العمل، وقضت بأدائه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت".[1]

و إذا كان رب العمل قد نهى الفضولي عن التدخل في شؤونه، ومع ذلك تدخل الفضولي فإنه يكون مسؤولا عن هذا التدخل مسؤولية تقصيرية لأنه يعتبر مخطئا بشرط أن يترتب على تدخله ضرر لرب العمل.

وإذا عارض رب العمل الفضولي بأن لا يتدخل في شؤونه، لأنّ المعارضة تفرض النهي هنا وعليه من خلال ما سبق ينبغي توافر شرط انعدام التفويض، أو الإلزام، أو النهي.

ضرورة انعدام التفويض من جانب رب العمل أو الالتزام في جانب الفضولي

يشترط أن لا يكون الفضولي ملزما بالقيام بالعمل الذي يقوم به لصالح رب العمل، فإذا كان ملزما به فلا يكون فضوليا، وعليه ينبغي أن لا يكون تدخله في شؤون غيره، دون أي تفويض، أو توكيل، من ذلك الغير...".[2].

وعليه إنّ الفضولي، الذي يتدخل في شؤون الغير لا يجب أن يكون ملتزما قبل رب العمل، سواء بالتزام عقدي [3]،

1 . المرجع نفسه.

2 .عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون، مرجع سابق، ج1، نبذة 873، ص 1242

3 . حالة الالتزام العقدي: مثالها أن يكون مدينا لدائن، ويقوم بتنفيذ التزامه، فلا يعتبر فضوليا لأن العلاقة هنا علاقة عقدية ومثاله المقاول يقوم بالعمل لرب العمل باسم العقد.

أو اتفاقي [1]، أو بمقتضى حكم قضائي[2]، أو نص قانوني[3].

ضرورة انعدام النهي عن عمل الفضولي: بمعنى: لا يكون رب العمل قد نهى الفضولي عن التدخل في شؤونه، وهنا ينبغي التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان رب العمل، لا يعلم بالفضالة،[4] وهذه هي الصورة الغالبة في الفضالة

الحالة الثانية: علم رب العمل بالفضالة، فإذا علم هذا الأخير بأنّ الفضولي يقوم بشأن لصالحه كان ذلك الغير وكيلا، لا فضوليا، طبقا لنص المادة 152[5] السالفة الذكر.

و إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولي العمل الذي قام به، بل يكون قد نهاه عن التدخل في شؤونه، فلا يكون الغير فضوليا وينبغي عليه الامتناع عن التدخل، وفي هذه الحالة يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب.

أن يكون رب العمل لم يدع الغير – الفضولي- إلى التدخل في شؤونه ولم يمنعه من ذلك، فإذا وقف رب العمل من المتدخل هذا الموقف السلبي لا بأمر، ولا بنهي، كان هذا مجال الفضالة، واعتبر المتدخل فضوليا".[6]

وعليه تتحقق الفضالة إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الغير- الفضولي- أو كان يعلم بهذا التدخل، ولكن يقف منه موقفا سلبيا لا بأمره ولا بنهيه.

1 .حالة من يتولى شؤون الغير بمقتضى توكيل صحيح وفي حدود الوكالة فيكون رجوعه على رب العمل باسم عقد الوكالة

2 .حالة التزامه قانونا، فالمتدخل في شؤون الغير كما هو الحال بالنسبة للأولياء أو الأوصياء ففي هذه الحالة نكون أمام ولاية وليس فضالة.

3 . حالة إذا كان الفضولي ملزما بمقتضى حكم من القضاء، فالحارس على المال مثلا يقوم بالأعمال المتعلقة بهذا المال، فلا تكون مباشرته إياها فضالة.

انظر في هذا الصدد، مرقس سليمان، ج5، ص318، ص319، وكذا السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، بند 873، ص1242 وما بعدها، وانظر كذلك ذهبية حامض، الفضالة، ص89، ص96.

4 .السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1 بند 174، ص1242، ص1243.

5 . المادة 152 " تسري قواعد الوكالة، إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي "ص 31.

6. انظر المراجع السابقة الذكر.

الفرع الرابع: أن يكون العمل الذي قام به الفضولي لصالح رب العمل نافعـا، أو ضروريا، أو مستعجلا، أو مفيدا.

بالنسبة إلى هذا الركن لم ينص عليه صراحة القانون المدني الجزائري، بل كل ما في الأمر نجده منصوص عليه في القوانين العربية، مع اختلاف التعبير في استعمال لفظ نافع، أو مفيد، أو ضروري، أو مستعجل.

إنّ رب العمل لا يلتزم قبل الفضولي، ولا قبل الغير الذي تعامل الفضولي معـه، إلا إذا كانت هذه الأعمال نافعة وضرورية، فحينها أعتقد أنه سيجيزها.

هذا ونجد القانون المدني الجزائري، في المادة 154 منه التي تنص على أنه:" يجب علـى الفضولي، أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي..".

ما نلاحظه أنه وضع ضابط الرجل العادي، على خلاف بعض قوانين البلاد العربية التي نصت على صفة الاستعجال، " وذلك لأنّ معيار الرجل العادي، إنما وضع لسير الفـضولي في عمله بعد تدخله، وقد يكون تدخله لأمر غير ضروري، ولا عاجل، إذن فإنّ هذا المعيار لا يفيد أن يكون العمل عاجلا، أو ضروريا"[1]

" وعليه إنّ لشرط المنفعة أهمية كبرى، بحيث لا تقوم الفضالة بدونـه، ولا يلتـزم رب العمل قبل الفضولي، إلا إذا كان عمل الفضولي نافعا له، كما يستطيع الفضولي أيضا، أن يحصل على كل مصروفاته الضرورية والنافعة".[2]

وشرط المنفعة هذا، هو معيار التفرقة بين الفضالة وغيرها من الأنظمة المشابهة لها، لكن أين موقع الاستعجال في هذا الركن؟

الواقع أنّ هذا الشرط له أهميته الخاصة، و إلا كيف تفسر تدخلات الناس في شـؤون غيرهم من دون داع إلى ذلك، وإذا لم يكن كذلك فلما لا يخبر الفضولي رب العمل قبل البدء في ذلك، فإنّ كان هذا هو الصواب لماذا لم ينص عليه المـشرع الجزائـري؟ الـذي اكتفـى بالتنصيص على منفعة العمل الذي يقوم به الفضولي.

1 . علي علي سليمان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص277.

2 .ذهبية حامض، الفضالة، سبق ذكره، ص109.

وانطلاقا من إسقاط هذا الشرط نفهم بأنه قد يفوت الفرصة على رب العمل باعتبار أنّ تدخل الفضولي يكون إلا في العمل الذي يكون فيه منفعة فقط، وهذا من الناحيـة العمليـة، وحتى من الناحية الموضوعية غير مستساغ، وعليه فلا يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التـصدي نافعا أو مفيدا، بل لابد أن يكون ضروريا، ومستعجلا.

فإذا قام الفضولي، بشراء صفقة لحساب رب العمل رد أ ا صفقة رابحة، فهذا العمـل نافعا لرب العمل، ولكنه غير ضروريا.

" لا يكفي أن يكون العمل نافعا أو مفيدا... وإنما يتعين أن يكون العمـل ضـروريا، ومن الشؤون العاجلة... ومعنى أن يكون ضروريا أن يكون من الشؤون التي مـا كـان رب العمل ليتوانى في القيام ا".[1]

إذن ، فلا تكفي المنفعة وحدها في عمل الفضولي حتى يعتبر عمله فضوليا، بل يجب أن يكون العمل عاجلا كذلك ، وهذا سدا وقطعا لذريعة التدخلات غير المناسبة وغير المـبررة في شؤون الغير، واكتفاء المشرع الجزائري بأن يكون العمل نافعا دون أن يكون عـاجلا، ربمـا لتوسيع مضيق، وليس لتضيق موسع باعتبار أنّ ميدان الفضالة ميدان واسع.

مقارنة:

من خلال الحديث عن أركان الفضالة في الفقه الإسلامي، وكذا القانون المدني الجزائـري ينبغي علي أن أذكر أهم ما ينبغي ذكره من ملاحظات، واستنتاجات، بخصوص هذا المبحث.

إنّ الفقه الإسلامي يقبل تصرف الفضولي، سواء كان عملا ماديا أو تصرفا قانونيا، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 1453:" أنّ الإجازة كما تلحق الأقـوال...تلحـق الأفعال أيضا".[2]

أما بخصوص القانون نجده لم يحصر أعمال الفضالة، أو طبيعة العمل بين التصرف القانوني، والعمل المادي، كما لم يشر إلى طبيعة هذا العمل، هل يتطلب العجلة، أم لا؟ ولعل هذا هـو المبدأ العام للفضالة في الفقه الوضعي، من حيث إنّ ميدا ا واسعا جدا.

---

1 .السنهوري، الوسيط مرجع سابق، ج1، بند 865، ص 1393.

2. علي حيدر، درر الحكام، ا لد 3، ص 29.

وبالتالي هذه الاستثناءات هي التي تمثل المبدأ العام، من جانب الفقه الإسلامي بخصوص الفضالة.

أما بالنسبة إلى الركن الثاني، فالفقه الإسلامي لم يترك الأمر هكذا على العموم، وإنما فصل في الأمر بشيء من التدقيق، وذلك من خلال وضع ضوابط ومعايير ا تنكشف نية الفضولي، هل هو بحق يؤدي خدمة لصاحب الشأن أم أن نيته تتجه إلى غرض آخر؟ وهو خدمة نفسه انطلاقا من أنّ توافر نية الغيرية مسألة تقديرية خاصة بالقاضي وهي مسألة وقائع.

وأكثر من ذلك جعل الفقه الإسلامي ضوابط و قرائن ودلائل، مفرقا في هذا الصدد بين عقد الفضولي، العقد باسم رب العمل صراحة أو ضمنا، أو باسمه الشخصي، دون الكشف عن نيته، أو قد يكون جاهلا وهو على غير بينة من أمره، فتطلب تطبيق نية العمل لحساب الغير، الذي تمخضت عنه أعمال الفضالة.

وبالتالي نجد أنّ الفقه الإسلامي فرق بين أعمال الفضالة، التي تتحقق فيها الفضالة وأعمال النيابة، وبين العمل لمصلحة المناب عنه- الوكالة- والذي يتطلب تطبيق أحكام النيابة.

أما في القانون المدني، فاستنادا لما ذكرناه آنفا يشترط أن يقصد الفضولي مصلحة الغير لا مصلحة نفسه، ولا يكفي مجرد التدخل في شأن الغير، بل لابد أن يكون ذلك بقصد إسداء خدمة لذلك الغير، أو على الأقل يدرك أنه على بينة من أنه يعمل لصالح رب العمل، أي: يقصد شؤون الغير دون العودة عليه بفائدة، فلفظ "بقصد" هو الذي يؤدي هذا المعنى.

أما في الركن الثالث، الخاص بعدم وجود الإذن أو النهي، فالفقه الإسلامي صريح في هذا من خلال تعريف الفضالة التي هي: " وصف يقوم بشخص بتصرف بمقتضاه في شؤون غيره، نفسا ومالا، بدون إذن من صاحب الشأن الذي تصرف عنه ولاية مشروعة ولا وصاية".

أما القانون فيشترط عدم توفر الإذن، أو النهي، وأنّ لا يكون ملزما بتأدية ذلك العمل، و إلا صار من قبيل الوكالة، وبالتالي الفضالة غير الوكالة، فكل له ميدانه الخاص، وعليه تتحقق الفضالة إذا كان رب العمل يجهل تدخل الفضولي في شؤونه، بشرط أن لا يكون قد اه عنه من قبل.

أما فيما يخص الركن الرابع، الذي ينص على أنه ينبغي أن يكون التدخل، ضروريا أو نافعا، أو مستعجلا.

فإننا نجد فقهاء الشريعة الإسلامية انقسموا في ذلك على آراء، فهناك من نظر إلى المنفعة وهناك من نظر إلى الضرورة، وعندها قلنا بأنهم جعلوا مبدأ عاما مؤداه أنّ تصرفات الفضولي لا تنفذ في مواجهة رب العمل، إلا إذا أقرها عن طريق الإجازة التي نعتبرها وسيلة لحماية ملك الغير، وبالتالي اشترطوا المنفعة، والضرورة لتدخل الفضولي، و إلا كيف نفسر ذلك؟

"ولمّا كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتا دلالة، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له"[1]

طبعا لكل قاعدة استثناء، والمستثنى من هذه القاعدة أن هناك تصرفات لا تحتاج إلى إجازة وإنما لكونها ضرورية أو ذات منفعة تجعل رب العمل يلتزم دون إجازة، وبالتالي فركن المنفعة والضرورة ليس مقياسا مطلقا في ذلك.

لهذا فإنّ الفضالة في الشريعة الإسلامية مستثناة من المبدأ العام، وبالتالي ليست مصدرا من مصادر الالتزام، والفضولي فيها متبرعا لا غير، ولا يرجع بما أنفق.

أما شرط الاستعجال فلم يتطرق إليه الفقه الإسلامي فكيف يعقل أن يتدخل شخص في ملك غيره إذا لم يتطلب هذا العمل أو التصرف العجالة، و رب العمل موجودا؟ أما إذا لم يكن هذا الأخير بأن كان غائبا أو تعذر عليه التدخل، وكان الأمر يتطلب العجلة، فينبغي على الفضولي أن يتدخل في هذه الحالة، وهذا ما لم ينص عليه القانون المدني الجزائري صراحة، ولعل السبب في ذلك أنه أخذ من الفقه الإسلامي واتبع نهجه.

أما القانون المدني الجزائري في هذا الركن، يعتبر تصرف الفضولي من قبل الفضالة إلا إذا كان هذا العمل ضروريا، ونافعا، ومستعجلا، وكما رأينا أنه لا تكفي المنفعة وحدها بل لابد من شرط الاستعجال، والضرورة حتى يعتبر كذلك.

وبالتالي نجد الفقه الإسلامي قد احتاط لتصرف الفضولي، وذلك من خلال تنصيصه، على هذه الأركان، ووضعه لهذه الضوابط والآليات، بقصد رسم الحدود التي لا ينبغي للفضولي تجاوزها، مراعية في ذلك المصلحة والمنفعة، والغاية من ذلك المحافظة على مصالح الأفراد، وتحقيقا للمقاصد الشرعية.

---

1. ابن الهمام، فتح القدير ، سبق ذكره، ج7، ص52.

أما القانون المدني هو الآخر كان هدفه هو تنظيم علاقات ومعاملات الأشخاص فيما بينهم، وهذا جلي من خلال وضعه لهذه الضوابط، بحيث كان متساهلا نوع اما، وهو شيء عادي إذا ما أخذنا في الحسبان طبيعة البشر، الميالة إلى العاطفة، والتساهل، والتسامح التي يتسم ا الأفراد في معاملا م.

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في الفـضولي ورب العمـل في الفقـه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

أقوم في هذا المبحث بدراسة الشروط الواجب توافرها في الفضولي ورب العمل، محاولا تحديدها في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: شروط الفضولي، ورب العمل في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: شروط الواجب توافرها في الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: شروط الفضولي ورب العمل في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط لتحقيق صيغة العقد أن يكون المباشر لها متمتعـا بصلاحيات إصدارها، و إلا كانت لغوا لا يترتب عليها أثر، يستوي في هذا أن يكون العاقـد أصيلا، أو وليا، أو وصيا، أو وكيلا، أو أنه ليس كذلك بأن كان فـضوليا، لـذا يلزمنـا أن نتعرض لهذه الأهلية في الفقه الإسلامي،[1] عند الفضولي في الفرع الأول، وعند رب العمـل في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الفضولي

انطلاقا من القاعدة المعروفة، الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، تنقلـب الفـضالة إلى وكالة، وبالتالي إذا باشر الفضولي أي عمل وأقره صاحب الشأن على ذلك، فإنه يصبح وكيلا، وبالتالي ينبغي أن تتوفر فيه نفس الشروط المتوفرة في الوكيل، كأن تكون له عبارة صـحيحة، وعلى هذا لا تصح الفضالة إذا كان الفضولي مجنونا أو صبيا غير مميز، وهذا قياسا على الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الوكيل.[2]

1. الأهلية: بمعنى أهلية الإنسان للشيء، صلاحيته لصدور ذلك الشيء منه، وطلبه منـه، انظـر في هـذا الصدد، توفيق حسن فراج، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، ونظرية العقـد، منـشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002 بدون تاريخ طبعة، ص469، ص470.

أقسام الأهلية، أهلية الأداء، هي صلاحية المرء لأن تكون أقواله وأفعاله معتبرة شرعا

أهلية الوجوب: هي صلاحية المرء لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.،

انظر في هذا الصدد/ التفتزاني، سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتزاني، التلويح على التوضيح، طبعة محمد على صبيح، ج2، ص161، ص162.

ومن هنا قرر الفقهاء أن هذه الأهلية تثبت لكل إنسان حي، سواء كان طفلا، أو بالغا، وسواء كان عـاقلا أو مجنونا أو سواء كان رشيدا أو سفيها، وتستمر له مادام حيا، فإذا توفي انتهت تلك الأهلية، وقد تعتـبر باقية بعد الوفاة حتى يوفى دينه فإذا وفى دينه انتهت أهليته وانتهت ذمته"، انظر توفيق حسن فراج، المدخل للفقه الإسلامي،مرجع سبق ذكره، ص 470 .

2.الكاساني ، بدائع الصنائع، ج6، ص20.

وعليه يشترط في الوكيل، أن يكون أهلا لمباشرة هذا التصرف، فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون، وأن يكون ممن يصح تصرفه في هذا العمل، فلا يصح أن يتوكل مسلم عن كافر في نكاح ابنته كعكسه.[1]

هذا عن موقف الفقه الإسلامي من قضية الأهلية أما مجلة الأحكام العدلية فنصت في مادتها 1458 على أنه: " يشترط أن يكون الوكيل عاقلا، ومميزا ولا يشترط أن يكون بالغا.[2]

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في رب العمل

هنا ينبغي التفرقة بين التصرفات التي يباشرها الفضولي في مواجهة رب العمل، فالتصرفات الموقوفة على إجازة رب العمل – المالك- اشترط الفقهاء توفر الأهلية لرب العمل حين الإجازة، لأنه بفضل الإجازة يصبح وكأنه أضاف التصرف إلى نفسه، وأثار العقد ترجع إليه مباشرة.[3]

وأما بالنسبة إلى التصرفات التي تنتج أثارها القانونية مباشرة، دون إجازة رب العمل لها لاستنادها إلى عرف أو اضطرار[4]، فهنا لا تشترط أهلية رب العمل لأنّ مصدر التزاماته هو القانون ، ولا يعتد بإرادته في هذا الشأن.[5]

لكن السؤال الذي ينبغي أن يطرح هل تشترط الأهلية في رب العمل لمباشرة التصرف وقت صدوره من الفضولي؟ لقد تباينت أراء الفقهاء بشأن هذه المسألة.

فالحنفية يقولون بضرورة توفر شرط الأهلية، لأنه بعد الإجازة يكون للتصرف أثر رجعي، وعلى هذا لو وهب الفضولي مال البائع أو أعتق عبده، انعقد التصرف صحيحا موقوفا

---

1. انظر ابن جزي، القوانين الفقهية، سبق ذكره، ج1، ص216، الرميلي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرميلي، 1004 هـ، الشافعي، نهاية المحتاج، القاهرة، 1304هـ ج5، ص18، ص21.

2. علي حيدر، درر الحكام، سبق ذكره، مج 10،ج3، ص 544..

3. السنهوري، مصادر الحق، سبق ذكره، ج4، ص192.

4. مصطفى الزرقاء، المدخل، سبق ذكره، ج1، ص466.

5. محمد جبير الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص30.

على إجازة رب العمل، لأنه يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيزا وقت صدورها. أما إذا لم يكن رب العمل من أهل هذه التصرفات لم يكن للتصرف مجيز وقت صدوره، فلا ينعقد.[1]

ونجد جمهور الفقهاء، من المالكية والشافعية والحنابلة المقرين بالفضالة.[2] يوافقون الحنفية على هذا الشرط.

المطلب الثاني: أهلية الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري.

في هذا المطلب أتطرق للشروط الواجب توافرها في شخص الفضولي ورب العمـل، في القانون المدني الجزائري، وما موقف المشرع الجزائري من شرط الأهلية، ؟ وهل هذه الأهلية هي نفسها المنصوص عليها في الفقه الإسلامي؟

هذا ما أحاول أن أبينه في هذا المطلب من خلال التطرق إلى أهلية الفضولي كفرع أول، وأهلية رب العمل كفرع ثان.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الفضولي في القانون المدني الجزائري

تطبيقا لأحكام المادة 158 ق، م، ج، والتي تنص على مـا يلـي: " إذا لم تتـوافر في الفضولي أهلية التعاقد فلا يكون مسؤولا عن إرادته، إلا بالقدر الذي أثري به، مـا لم تكـن مسؤوليته ناشئة عن عمل غير مشروع".[3]

من خلال هذا النص نستنتج أنه إذا قام الفضولي بتصرف قانوني باسمه الشخصي، يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد اللازمة للعقد الذي قام به، فمن غير المعقول أن يكـون الفـضولي قاصرا أو مجنونا ويبرم التصرفات مع الغير، وعليه ينبغي أن تكون له أهلية التميز، أو أن تكـون أهليته كاملة، حتى تقوم مسؤوليته.[4]

---

1. انظر في هذا السنهوري، مصادر الحق، سبق ذكره، ج4، ص192، ص193.

2. جاء في المجموع:" والمعتبر: إجازة من يملك: التصرف عند العقد، حتى لو باع مال الطفل، فبلغ وأجاز لم ينفذ" النووي المجموع، ج9، ص283.

3. المادة 158، ق، م ، ج ص 32.

4 . انظر في هذا كل من: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص300، وذهبية حـامق ،مرجـع سـابق ، ص121، وسطحية سعاد، كذلك مرجع سابق، ص 160.

وعليه إذا تعاقد الفضولي باسم رب العمل، فلا تشترط فيه إلا أهلية التمييز فهو تمامـا كالوكيل، لأنّ أثار العقد سوف تؤول إلى رب العمل.

أما بالنسبة إلى الأعمال التي يقوم ا الفضولي حين الفضالة، فينبغي أن تتوفر فيه أهليـة التمييز، وعليه تكون مسؤوليته كاملة عن أعمال الفضالة إذا كان كامل الأهلية، ولا يسأل عن الفضالة إلا في حدود ما أثري به، إذا كان ناقص الأهلية، وهذا قياسا على القاصر في الإثراء بلا سبب.

ولكن إذا رجعنا إلى العمل غير المشروع، فالمسؤولية تكون كاملة، وعليه يسأل عمـا أحدثه من ضرر.

" أما الفقه الفرنسي فهو منقسم في هذا الصدد، فبعضه يشترط في الفضولي أن يكـون كامل الأهلية... والبعض الآخر يتفق مع ما سبق ذكره.".[1]

و حتى تقوم مسؤولية الفضولي مسؤولية كاملة ينبغي أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة، لكن بما أنّ تصرفات الفضولي تتنوع بين التصرفات القانونية والأعمال المادية، فكذلك تختلف الأهلية، تبعا لهما حسب طبيعة التصرف، أو العمل المادي.

لكن بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر 158 ق م ج، لا نجدها تنص صراحة علـى توافر الأهلية في الفضولي، " وبما أنّ القانون المدني الجزائري لم يفصل بين التصرفات القانونية، والأعمال المادية"،[2] لا بأس أن نشير إليهما مادمنا بصدد البحث عن إمكانية توافر الأهليـة في الفضولي، من عدمها، في كل أفعاله وتصرفاته حسب كل حالة.

أ.التصرفات القانونية[3]**:** إذا تولى الفضولي تصرفا قانونيا باسمه الشخصي، لابد من توافر الأهلية الكاملة، فإذا كان ناقص الأهلية فتصرفه يكون قابلا للفسخ.

وأما إذا كان تصرف باسم رب العمل، فهنا الأمر يختلف عن الأول، وتكفي فيـه أهليـة التمييز.

---

1 . علي علي سليمان، النظرية العامة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص300، السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،مرجع سابق، ج1، بند 886، 887

2 . ذهبية حامق، الفضالة، مرجع سابق، ص126.

3. السنهوري، الوسيط ،مرجع سابق، ج1،بند 886.

ب. الأعمال المادية: فإذا قام الفضولي بعمل مادي، فهنا لا يشترط توافر الأهلية الكاملة، بل يكفي أهلية التمييز.

" فإنّ أهلية الفضولي، للالتزام بهذه الأعمال تقتضي دائما أن يكون من أهل التمييز".[1]

ج. **العمل غير المشروع:** فالمسؤولية فيه تكون كاملة ويعوض عن الضرر

ما يمكن تحصيله هو أنّ الأهلية تختلف باختلاف طبيعة العمل الذي يقوم به الفضولي سواء كان عملا ماديا أو تصرفا قانونيا، فإذا أبرمه لنفسه يلزمه توفر الأهلية الكاملة.

أما إذا أبرم تصرفا باسم رب العمل فيكفي فيها أهلية التمييز، ولكن المشرع الجزائري، لم يكن صريحا في هذه المسائل، بدليل أنه لم يتطرق إليها ولم ينص على الأهلية الواجب توافرها في الفضولي، عند القيام بالفضالة.

الفرع الثاني: شروط رب العمل، صاحب الشأن في القانون المدني الجزائري

وتنص الفقرة الثانية من المادة السالفة الذكر 158 ق م ج: " أما رب العمل فتبقى مسؤوليته كاملة، ولم تتوافر فيه أهلية التعاقد. ".[2]

نلاحظ في هذه الفقرة أنّ المشرع الجزائري لم يشترط في رب العمل الأهلية التامة للتعاقد، ويكفي أن يكون مميزا، وقد يكون غير مميز " ويكاد الفقه العربي يجمع على عدم اشتراط الأهلية في رب العمل ".[3]

وعليه ليس من السداد، أن يشترط القانون توافر أهلية رب العمل، لأنّ الفضولي هو من يقوم بإبرام التصرفات لصالح رب العمل، وهذا الأخير مطالب بتنفيذها لحسابه بشرط أن تكون ذات منفعة.

وبالتالي لا يشترط توافر أهلية التعاقد في رب العمل، سواء كان تصرف الفضولي باسمه أو باسم رب العمل، " لكن عند معارضته أو إقرار أعمال الفضولي من قبل رب العمل، يجب

1. السنهوري، نفس مرجع ج1، ص بند 886.
2. م 158 ق م ج وزارة العدل، ص32.
3. علي علي سليمان، مرجع سابق ص301.

أن يكون متمتعا بأهلية التعاقد، لأنّ المعارضة أو الإقرار تصرفات قانونية تصدر عن إرادته المنفردة".[1]

من خلال وقوفنا على موضوع شرط توفر الأهلية عند كل من الفضولي، و رب العمل في القانون المدني الجزائري، تبين لنا أنه لا يشترط في رب العمل الأهلية الكاملة بل تكفي توافر أهلية التمييز، وأما الفضولي القائم بأعمال الفضالة ينبغي توافر الأهلية

ولعلنا نفهم من خلال هذا، لماذا لم يشترط المشرع المدني الجزائري في رب العمل الأهلية، لأنها لا تلعب دورا هاما في الفضالة، لسيما وأنّ التزامات رب العمل تنشأ من القانون مباشرة، وبما أنّ العمل يكون لمصلحته، فهو يلتزم به، ولو كان ناقص الأهلية".[2]

خلاصة عامة

عند تطرقنا إلى الأهلية بالنسبة إلى الفضولي وأهلية رب العمل، في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، أدركت أنّ هناك بعض الفروق الجوهرية التي تجعل من الفقه الإسلامي بحق تشريعا إلهيا يراعي أحوال وتصرفات الأفراد، ويعطي لحقوق ومال الغير قيمة، ومن هذه المفارقات نذكر:

أ.بالنسبة إلى الفضولي: في الفقه الإسلامي قلنا بأنه هناك إجماع على توافر أهلية الفضولي وعليه ينبغي أن يكون عاقلا، ومميزا، بمعنى: يجب أن يكون أهلا للتصرف، بخلاف القانون المدني الجزائري، الذي فرق بين عدة حالات كإبرام الفضولي لتصرف قانوني باسمه الشخصي فيجب توافر الأهلية، وإذا تعاقد باسم رب العمل فلا يشترط إلا أهلية التمييز.

ب. بالنسبة إلى رب العمل. قلنا بأنّ تصرفات الفضولي متوقفة على إجازة رب العمل، وعليه فإنّ الفقه الإسلامي اشترط على رب العمل الأهلية الكاملة حين الإجازة، لكن التصرف فيما بعد يرجع عليه، أما أثناء صدور التصرف من الفضولي، فالفقه الإسلامي يجمع على توافر هذا الشرط في رب العمل، لأنه، إذا لم يكن كذلك لم ينعقد العقد.

1.نفس المرجع، ص 302، بتصرف.

2. ذهبية حامق، الفضالة، سبق ذكره.ص136.

أما بالنسبة إلى القانون المدني الجزائري، فإنّ رب العمل لا يشترط فيه الأهلية التامة للتعاقد، فلا يهم إن كان مميزا أو غير مميز.

إذن هناك فروق جوهرية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ولعل السبب في ذلك هو مصدر التزاماتهم، بحيث أنّ الفضولي ورب العمل مصدر التزاماتهم في القانون المدني الجزائري، هو القانون، و لا أثر للإرادة المنفردة فيه، بخلاف الفقه الإسلامي الذي جعل الشريعة الإسلامية مصدر التزاماتهم.

وانطلاقا من هذا نفهم كذلك لماذا قبلت الشريعة الإسلامية الفضالة في بعض الجزئيات واستثنتها من المبدأ العام، الذي لا يجوز للغير التدخل في شؤون الغير وممتلكاتهم.

ولعل المقصد من ذلك، هو أن الشريعة تراعي مصالح الأفراد و تملي عليهم تصرفات لا تضرهم، كما يمكننا أن نستنتج قيمة المال والملكية في الشريعة الإسلامية، والوسائل التي شرعها وضبطها للمحافظة عليهما، وسدا لذريعة التدخل العشوائي بدافع الفضول والغير مبرر.

الفصل الثالث: آثار الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

تمهيد:

إنّ التصرف الذي يجريه الفضولي، قد تطول مدة إجازته أو رفضه، من قبل من خول له الشرع هذا الحق، وبالتالي يبقى مصير هذا التصرف مجهولا، فاختلف فقهاء الشريعة الإسلامية، بين كونه عقدا موقوفا على إجازة المالك، وبين كونه عقدا باطلا لا أساس له من الـصحة، [1] هذا الوضع يقودنا إلى الكلام عن العقد وأقسامه، في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المـدني الجزائري في مبحثين، ثم نتطرق إلى موضوع الإجازة، في المباحث اللاحقة.

المبحث الأول: العقد وتميزه عن التصرف والالتزام.

المبحث الثاني: أقسام العقد.

المبحث الثالث: الإجازة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

المبحث الرابع: التعبير عن الإجازة ومحققا ا بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

1.انظر هذا الموضوع في المبحث الأول ، من الفصل الثاني،تحت عنوان، طبيعة وحكم الفضالة بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري ص 96.

المبحث الأول: العقد وتميزه بين التصرف وبين الالتزام

قبل الخوض في الحديث عن أقسام العقد، بودنا أن نشير إلى مصطلحات معينة استعملها فقهاء الشريعة الإسلامية، أثناء بحثهم للمعاملات المالية، وهذه المصطلحات قد تلتبس بالعقـد، نظرا لوجود نوع من التشابه بينها وبينه، ولهذا ارتأينا التمييز بين مدلولا ا، وهذا حتى نحـدد العمل الذي يقوم به الفضولي، حتى لا يشكل علينا الأمر أهو تصرف؟ أم عقد أم التزام؟ أم لا فرق بينهم لأننا نجد هؤلاء الفقهاء، نصوا عليه مرة بتصرف الفضولي، ومرة بعقد الفـضولي، ومرة أخري بالتزامات الفضولي، كما عند فقهاء القانون الوضعي، و هذا انطلاقا من المطالب التالية:

المطلب الأول: العقد

المطلب الثاني: التصرف

المطلب الثالث: الالتزام

المطلب الأول:العقد

الفرع الأول: العقد في اللغة

العقد، بكسر العين القلادة، وبفتحها الربط بين أطراف الشيء، سواء كان ربطا حسيا أو معنويا من جانب واحد، كعقد النية والعزم، أو من جانبين كعقد اليمين للربط بين كلامين لشخصين.

تقول العرب: عقدنا الحبل، أو البيع، أو العهد فانعقد، وعقدناه على كذا، بمعنى: عاهدناه عليه، وعقدنا أمر كذا وكذا أي ربطناه بالقول، كربط الحبل بالحبل.[1]

قال الشاعر:[2]

قوم إذا عقدوا عقدا لجارهم شدوا الصباح[3] وشدوا فوقه الكربا.[4]

ويطلق العقد كذلك عند علماء اللغة على معان كثيرة ومتعددة، كلها تصب وتدور في معنى واحد، حول الربط ،والشد، والإحكام، والإلزام، والتوكيل، والتقوية، والضمان،[5] ولما كان الربط يتضمن التقوية والإحكام، سمي عهدا، أو الميثاق[6] عقدا، لأنّ فيه إحكاما وتقوية للصلة بين المتعاقدين، كما سمي اليمين عقدا، لما فيه من التثبت والعزم الأكيد على التقييد به وتنفيذه، وعلى ذلك يكون عقدا في اللغة ،كل ما قيد الالتزام بشيء عملا كان، أو تركا من جانب واحد، أو من جانبين، لما في كل من معنى الربط والتوثيق.[7]

---

1. ابن منظور، لسان العرب، مصدر سبق ذكره، مج 4، ص 835.
2. البيت للحطيئة، نفس المرجع .
3. خيط أسير يشد في أسفل الدلو ثم يثبت في عرو ا .
4. الكرب: الحبل الذي يشد على الدلو بعد الحبل الأول: مثال يضربه للوفاء بالعهد .
5. ابن فارس، معجم مقياس اللغة، مطبعة عيسى الحلبي ج4 .ص76 .
6. الميثاق العهد ، وثق بالضم ، وثاقه بالفتح ، قوى وثبت ، فهو وثيق محكم .
7 . ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، مج 3، ص 835.

الفرع الثاني: العقد في الشرع

هو: " ارتباط إيجاب بقبول، على وجه مشروع يثبت أثره في محله".[1]

وعليه لا يشترط لتحقيق الارتباط بين هذا الإيجاب والقبول، أن يكون بين كلامين لشخصين بل أنه يتحقق بذلك، كما أنه يتحقق بكلام من أحد الطرفين وفعل من الآخر يدل على إرادته، كتابة أو إشارة، أو فعلا، بين شخصين أحدها يسمى موجبا والآخر يسمى قابلا، فإذا كانت الإرادة صادرة عن شخص واحد فلا يسمى ما يصدر عنها عقدا وفقا لهذا الاصطلاح، بل يسمى التزاما أو إرادة منفردة، وعلى ذلك يكون البيع ونحوه من الهبة، والشركة، والإجارة، والمزارعة، عقدا، لتحقق إرادتي الإيجاب والقبول عليه، ولا يكون الوقف، أو الإرادة، أو النذر، أو اليمين، ونحو ذلك عقدا، لتحققه بإرادة واحدة.

الإيجاب: هو ما صدر أولا من كلام أحد المتعاقدين، سواء كان البائع أو المشتري، في عقد البيع، ومعنى الإيجاب، الإثبات، أي: أنّ الأول يريد إثبات العقد بانضمام قول ثاني.

القبول: ما صدر ثانيا من كلام الآخر، ومعناه الرغبة بما قاله الأول، فإذا صدر الإيجاب والقبول، مستكملين لشرائطهما الشرعية، اعتبر الشرع بينهما ارتباطا سببه، يظهر أثره في المعقود عليه، الذي هو محل العقد.

مثلا: إذا كان بيعا خرج المبيع من ملك البائع، إلى ملك المشتري، وخرج الثمن من ملك المشتري، إلى ملك البائع، وان كان إجارة ملك صاحب العين المؤجرة في مقابلة المنفعة التي وجبت للمستأجر .

والتقيد على وجه مشروع: لإخراج الارتباط على وجه غير مشروع، كالاتفاق على قتل فلان بكذا من المال، أو إتلاف زراعته، أو سرقة ماله، أو الزواج بالأقارب المحارم، فكل ذلك غير مشروع، ولا أثر له في محل العقد.

والتقيد بكونه " **يثبت أثره** في **محله** "، لأنّ الارتباط قد يكون شرعيا، ولكن لا يظهر له أثر في المعقود عليه.[2]

---

1 . مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام، سبق ذكره، ج1. ص291.

2. مثل الارتباط بين كلامي شريكين في دار أو أرض أو مزرعة مناصفة، وباع كل منهما نصيبه لصاحبه بماله، فإن هذا الكلام يفيد شيئا ولا أثر له في موضوع العقد.

ويعرف العقد كذلك بأنه " ارتباط بين اثنين بإيجاب يصدر من أحدهما، وقبول يصدر من الأخر، على وجه مشروع يظهر أثره في المحل ".[1] وهذا لا يتحقق، إلا إذا كان مصحوبا بالعناصر الآتية :

- وجود طرفين "عاقدين " لأنّ العقد لا يكون إلا بين طرفين، وإذا كان من طرف واحد، يكون التزاما أو وعدا ".[2]
- صدور ما يدل على الرضا بين الطرفين.
- اتصال الإيجاب بالقبول، على الوجه الذي رسمه الشارع.
- تقيد الارتباط بكونه مشروعا يؤدي إلى مشروعية المحل أو المعقود عليه.
- ظهور أثر الارتباط - الإيجاب و القبول - في المحل، فلابد من فائدة تترتب على هذا الارتباط.

الفرع الثالث: العقد في القانون:

العقد في **القانون** هو:" اتفاق إرادتين على إحداث اثر قانوني من إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله أو إنهائه "،[3] فإنشاء الالتزام كالبيع و الإجارة، ونقله كالحوالة، وتعديله كتأجيل الدائن الدين للمدين، وإنهائه كالإبراء عن الدين، وفسخ عقد الإجارة، قبل الموعد الذي كان محددا لها.

ومن هنا نجد أنّ القانون يخص العقد بما كان فيه من توافق إرادتين، أما ما يتم بإرادة واحدة، وما تشمله كلمة عقد عند اللغويين، فهو ليس بعقد عندهم، وإنما هو إرادة منفردة، يترتب عليها التزام من جانب واحد.

وليس كل اتفاق عقد، فلو اتفقا اثنان على نزهة أو على أكل ما ، فلا عقد بينهما، بل إنما العقد كما يدل معناه وتعريفه، هو الاتفاق الذي له اثر شرعي، وهو العلاقة الإلزامية الناشئة عنه.

1 . أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد ، سبق ذكره، ص101 .
2 . المرجع نفسه .ص 101- 102.
3 . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ج1 .ص138 .

العقد في القانون المدني الجزائري:

هو:" اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".[1]

يتضح من هذا التعريف أنّ العقد هو، اتفـاق يهـدف إلى إحـداث آثـار قانونيـة وحسب المادة 54 ق، م، ج العقد هو أصلا اتفاق، ولكن هل كل اتفاق يعتبر عقد ؟

ولتوضيح هذا الأمر، وجب تحديد مفهوم الاتفاق الذي يعتبر عقدا.

مفهوم الاتفاق:

الاتفاق هو: اتحاد وجهة نظر أشخاص، تجاه أمر معين، وهذا يستلزم أمرين.

أ. لابد من وجود شخصين مستقلين عن بعضهما البعض، لأنّ الاتفـاق لا يحـصل إلا بـين شخصين أو أكثر ، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتبارين، وهذا العنصر هو الذي يمكّننا من التميز بين العقد، و التصرف من جانب واحد، كالوصية، أو الوعد، بالجائزة.

ب. أن تكون هناك مصالح لأطراف العقد، يكفي مبدئيا تحقيق مصلحة أحد الأطراف مغـايرا لمصلحة الطرف الآخر، كمصلحة البائع و مصلحة المشتري.[2]

الفرع الرابع: المقارنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي والتعريف القانوني

بإجراء مقارنة بين التعريفين نجد أنّ: العقد في نظر فقهاء الشريعة، ليس هـو اتفـاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلا، لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعا للانعقاد، أما التعريف القانوني الـذي يـشمل العقد الباطل، بحيث يعتبره الشرع لغوا من الكلام، لارتباط فيه ولا ينتج أثره، ذلك لأنّ هـذا التعريف، إنّما يعرف العقد بواقعته المادية، وهي اتفاق الإرادتين.

إنّ التعريف الشرعي للعقد، يعرفه بحسب واقعته الشرعية، وهي الارتباط الاعتبـاري، وهذا هو الأصح لأنّ العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية ، وهذه الأخيرة هي المعتمدة في التعريف القانوني.

---

1 .المادة 54، ق م ج، ص 13.

2 . علي فلالي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، ص34.

وقد امتاز التعريف الفقهي، في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأركان التي يتكون منها العقد في الشريعة، وهو الإيجاب و القبول.

فاتفاق الإرادتين، في حد ذاته بدون واسطة للتعبير عنها من كلام، أو إشارة، أو فعل، لا يدل على وجود العقد،[1] لأنه أمر خفي، والذي يكشف عنه هو الإيجاب والقبول، اللذان يعتبران من عناصر العقد الظاهرة، بما فيهما من تحرك كل من الإرادتين نحو الأخرى، فهذا التحرك هو المعول عليه في معنى انعقاد العقد، إذ قد تكون إرادتين متفقتين على التعاقد ولا تتحرك إحداهما نحو الأخرى، فلا يكون عقدا كما في حالة الوعد ببيع، أو رهن...الخ.[2]

والتعريف القانوني يشمل الوعد بالعقد، مع أنه ليس بعقد، وبالتالي التعريف القانوني غير مانع،[3] أما التعريف الفقهي فهو أدق تصورا و أحكم منطقا، وإن كان التعريف القانوني، أوضح تصويرا، وأسهل فهما في طريق التعلم.[4]

المطلب الثاني: التصرف

الفرع الأول: مفهومه

لمّا كان العقد من تصرفات الإنسان ينبغي أن نوضح معناه فهو:" كل تصرف عن الشخص المميز بإرادته، من قول أو فعل، و يرتب عليه الشرع أثرا من الآثار، سواء كان في

---

1 .محمد علو شيش الورثلاني: الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي واثر الاختلافات الأصولية فيها، شركة دار الأمة للطباعة، والترجمة، والنشر، و التوزيع، ط1 . 1997.

2. المرجع نفسه ، نفس الموضع .

3. التعريف يجب أن يكون جامعا مانعا ومعنى: كونه جامعا أن يشمل جميع أفراد الشيء المعرف فلا يخرج عنه ما يجب أن يناوله.

ومعنى كونه مانعا أن تكون قيوده وحدوده مميزة للشيء المعرف من غيره تميزا تاما يخرج عنه ما ليس من أفراده .

فإذا لم يشمل التعريف بعض أفراد المعرف كان غير جامع كتعريف المدرسة مثلا بيت تقيمه الدولة للتعلم ، فإنه لا يشمل غير المدارس الحكومية وإذا كان يشمل غير أفراده كان غير مانعا كتعريف المدرسة بأ ا "بيت علم " ، وإذا كان يخرج بعض أفراده ويدخل غيرها كان غير جامع ولا مانع .

انظر مصطفى احمد الزرقاء . المدخل ، سبق ذكره ج1 ،ص295 في الهامش.

4 . مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل ، ج1 ، ص295. ف 134 .

صالح ذلك الشخص، أم لا يشمل الأقوال الصادرة عن الشخص، كالبيع، والهبة، والوقف، و الأفعال كالاستهلاك، والانتفاع سواء كان القول، أو الفعل لصالح الشخص كالبيع ،والاصطياد أم لصالح غيره، كالوقف، والوصية، والسرقة، و القتل.

الفرع الثاني: نوعا التصرف

فالتصرف نوعان:[1]

أ. التصرف القولي: فهو ثلاثة أنواع: قولي محض، وهو معلوم، وعقدي، وغير عقدي.

- التصرف القولي العقدي، هو الذي يتم نتيجة اتفاق إرادتين، كالبيع و الزواج، وغيرها من أنواع العقود.

- التصرف القولي غير العقدي، قد يكون عزيمة مبرمة وإرادة منشئة لحق كالوقف، أو منهية له كالطلاق، أو مسقطة له كما في الإبراء من الدين، والتنازل عن حق الشفعة، وقد يكون مجرد أقوال، تترتب عليها نتائج، كالدعوى، والإقرار، والإنكار.

ب. التصرف الفعلي: هو ما كان قوامه عملا غير لساني، كإحراز المباحات، والغصب والإتلاف، واستلام المبيع، وقبض الدين.

إنّ التصرف القولي المحض، ليس فيه أي شبه بالعقد، وأنّ التصرف غير العقدي يتفق مع العقد لما في كل منها من اتفاق إرادتين، وأنّ التصرف القولي غير العقدي قد يسمى عقدا في اصطلاح فريق من الفقهاء، الذين يجعلون التصرف مطابقا للعقد، ويعرفون هذا الأخير بأنه:" كل ما يعقد الشخص العزم عليه، ولو كان ينعقد بكلام طرف واحد أي: بالإرادة المنفردة كالطلاق، والاعتاق، و الإبراء ".[2]

الفرع الثالث: المقارنة بين العقد والتصرف

إنّ التصرف أعم وأوسع من العقد، لأنه يشمل كل قول، أو فعل يرتب عليه الشارع أثرا معينا، بخلاف العقد، فإنه يطلق فقط على الأقوال، التي يرتب عليها الشارع أثرا معينا.

وكذا لأنه يشمل التصرفات الصادرة من الطرفين، أو من طرف واحد بخلاف العقد، فإنه لا يطلق إلا على التصرف الصادر من طرفين، هذا وإنّ التصرف لا يختص بالأقوال، بل

1 . المرجع نفسه، ف 134، ج1، ص295 .

2 . الشيخ أبو زهرة. الملكية ونظرية العقد، سبق ذكره، ص 101 ، 102.

يشمل الأفعال، وينقسم إلى قولي وفعلي، ولأنّ التصرف القولي نفسه، يشمل أقوالا لا تدخل في مفهوم العقد ولو بمعناه الواسع، كالدعوى، والإقرار، فتلك تصرفات قولية، تترتب عليها أحكام، وهى لا تعد عقودا بوجه من الوجوه.

فالمناسب ما بيناه من أنّ التصرف أعم من العقد عموما مطلقا،[1] لأنّ العقد من أنواع التصرف الذي يشمل العقد وغيره، فيدخل فيه من التعهدات والالتزامات والإسقاطات، ما ينفذ على الصادر منه بدون احتياج إلى قبول أحد، كالوقف، والطلاق والإبراء ، ورد المبيع .

المطلب الثالث: الالتزام

الفرع الأول:تعريفه في الفقه الإسلامي

هو : " كون الشخص مكلف بفعل، أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره " .[2] بمعنى : كل تصرف يتضمن إرادة إنشاء حق، أو نقله، أو تعديله، أو إ ائه، سواء كان ذلك من شخص واحد كالوقف والطلاق ا رد عن المال، أم من شخصين، كالبيع والإجارة.

ويعبر عنه كذلك بأنه:" إيجاب الإنسان أمرا على نفسه، إما باختياره وإرادته، وإما بإلزام الشرع".

وعليه فضمان ما يتلفه الشخص لآخر من أموال، هو التزام يقع على عاتق المتلف لمصلحة صاحب المال، وكذا نفقة الفقير العاجز على قريبه الغني، هي التزام على هذا الغني لمصلحة قريبه العاجز.

وتسليم المبيع ودفع الثمن، هما التزامان على البائع والمشتري لمصلحة كل منهما على الآخر.

وقد يكون تكليفا بامتناع وهو التزام، مثل عدم التعدي على النفس، وكرامة الإنسان.

---

1 . مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي، سبق ذكره، ج1 .ص 29.

2 . المرجع نفسه، ج1 ، ص29.

الفرع الثاني: الالتزام في القانون

هو:" سلطة لشخص على آخر محلها عمل، أو امتناع عن العمل ذي قيمة مالية، أو أدبية، بمقتضاها يلتزم شخص نحو آخر ،موجود أو سيوجد ".[1]

وعلى هذا يكون الإلتزام في ذاته علاقة مادية، إما بمال كما في المدين، وإما بعمل كما في الأجير.

والالتزام هو علاقة قانونية ذات قيمة مالية، وهو يتميز عن الحقوق غير المالية، أي: الحقوق اللصيقة بالشخصية، كحق الإنسان في الحياة وسلامة بدنه وشرفه، وحقه في صورته واسمه، وكحقوق الأسرة وكحقوق الزوجة والأبناء، وتسمى هذه العلاقة القانونية ذات القيمة المالية بالالتزام، إذا نظرنا إليها من جانب المدين وهو شقها السلبي، في حين يطلق عليها تسمية حق الدائنية إذا نظرنا إليها من جانب الدائن، أي: الشق الإيجابي، ولكن حتى وإن كان الالتزام علاقة قانونية ذات قيمة مالية، فهذا لا يعنى أنّ كل الحقوق المالية تدخل في نطاقه، فقد كان الفقه يميز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، فيعتبر الأول بمثابة سلطة مباشرة، يخولها القانون للشخص على شيء معين.[2]

بينما يعتبر الثانية وهي الالتزام، رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر، يلتزم بمقتضاها أحدهم، ويسمى المدين بالقيام بشيء لفائدة الطرف الثاني، ويسمى الدائن.[3]

فكونه علاقة قانونية: يرتب الالتزام أثارا تتمثل في اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات نحو الغير، على عكس العلاقة الأدبية، أو الأخلاقية، أو الدينية، والتي يتناولها القانون الوضعي.

إذن فمادام علاقة قانونية، يتميز الالتزام عن الواجبات غير القانونية.

وكونه علاقة ذات قيمة مالية، يجب أن يتعلق الالتزام بواجب ذي طابع مالي، أي: له قيمة مالية، أو اقتصادية، أو بمصلحة أدبية، تكون قابلة للتقدير المادي.

---

1 . أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، ط2، القاهرة،1954، ص 151.

2 . محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، ط1993، ج1 ص1.

3 . محمد حسنين: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، ط1985 ،ص21. وانظر كذلك ،محمد صبري، في المرجع السابق، ج1 ص11 .

وأخيرا يجب أن تربط هذه العلاقة ا سدة للالتزام بين شخصين، موجودين ومعيـنين، وقت تنفيذ الالتزام، أحدهما دائن، والآخر مدين.[1]

الفرع الثالث: الفرق بين العقد والالتزام.

فالالتزام يختلف عن العقد ولا يصح التعبير بالالتزامات عن العقود، لأنّ العقد مصدر من مصادر الالتزام، أي: أنه أحد الأسباب المولدة للالتزامات، والالتزام هو أثر حقوقي قد ينشأ عن عقد، فيكون التزاما كالغاصب، والمتلف بالضمان المالي.

والخلاصة أنّ بين العقد والالتزام، ما بين المـؤثر والأثـر مـن العلاقـة، واخـتلاف المفهوم[2].فلا يخلو عقد شخصين، من إنشاء التزام على أحدهما، أو التزامات متقابلة عليها، لأنّ الغاية من العقود هي الوصول إلى نتيجة حقوقية رضائية، لم تكن حاصلة بين المتعاقـدين قبـل العقد.

أما الالتزامات المعينة التي تتمخض عن عقد معين كالبيع والإجارة، هي أثـار خاصـة لذلك العقد.

خلاصة عامة:

إنّ التصرف أعم من العقد ومن الالتزام، لأنّ التصرف يكون بالقول وبالفعل، بخـلاف العقد والالتزام، فإ ما لا يكونان إلا بالقول، فكل عقد أو التزام تصرف، ولا عكس.

إنّ الالتزام أعم من العقد بمعناه الخاص، لأنّ الالتزام يكون من جانـب واحـد ومـن جانبين، وأنّ العقد لابد أن يكون من جانبين، فكل عقد التزام، ولا عكس.

1 . علي فلالي أستاذ بجامعة الجزائر الالتزامات النظرية العامة للعقد ، سبق ذكره، ص 8-9 .
2 . مصطفى الزرقاء، المدخل، سبق ذكره، ج1،ص438 .

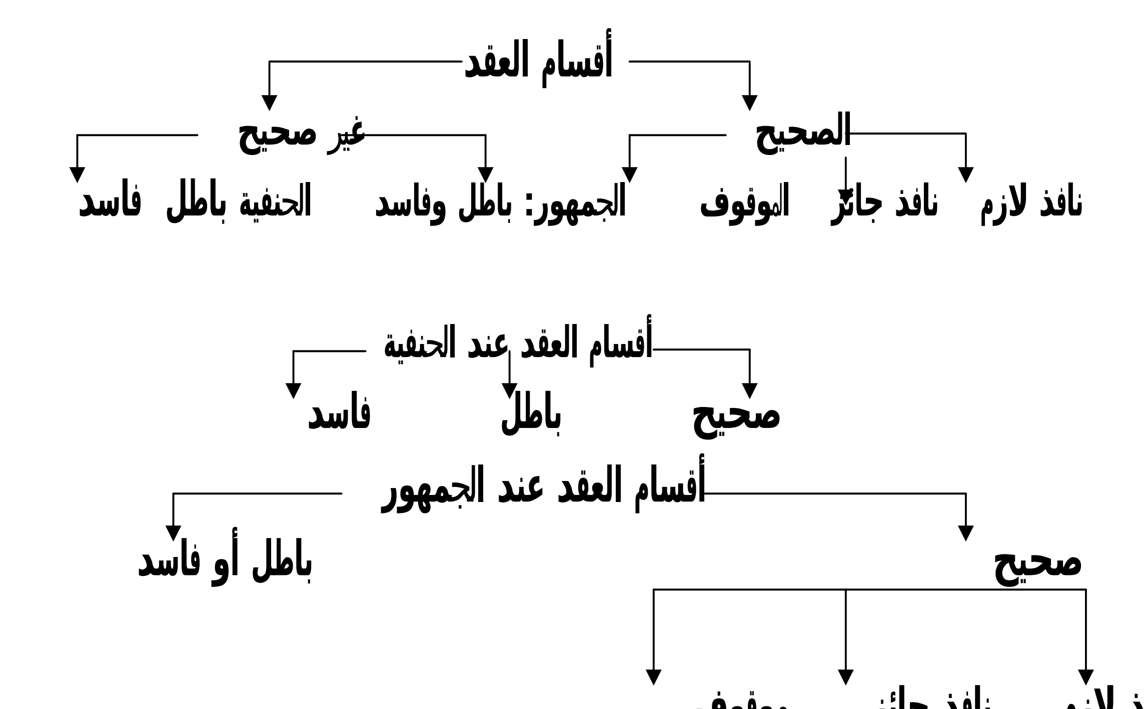
المبحث الثاني:أقسام العقد.

إنّ العقود مبدئيا تنقسم إلى عقد صحيح و عقد غير صحيح، والعقد غير الصحيح إما باطل أو فاسد والعقد الصحيح إما موقوف غير نافذ، أو نافذ غير لازم، أو نافذ لازم.

بقى أربعة أقسام للعقد الباطل، والفاسد، و الموقوف، و النافذ، وهو ما نحاول تحديد مضامينها المختلفة حتى نميز كل قسم عن الأخر.

انطلاقا من هذا، لابد من مراعاة الخلاف، بين الحنفية والجمهور بخصوص أقسام العقد، وعليه عمدنا إلى تقسيمه إلى مطلبين هما:

المطلب الأول: أقسام العقد عند الحنفية و تمييز البطلان من الفساد وأدلتهم في ذلك.
المطلب الثاني:



و يطلق لفظ حكم العقد في اصطلاح الفقهاء، ويراد به أحد الأنواع الثلاثة[1]:

المطلب الأول:أقسام العقد عند الحنفية و تمييز البطلان من الفساد وأدلتهم

الفرع الأول: أقسام العقد عند الحنفية:

ذهب الحنفية إلى أن العقد ينقسم إلى ثلاثة أقسام، صحيح، وباطل، و فاسد.

العقد الصحيح: هو "ما كان مشروعا بأصله ووصفه ".[2]

وأصل العقد الركن، وهو الإيجاب و القبول، وعاقداه، و محله، وأما وصف العقد، هـو ما كان خارجا عن الركن و المحل، كالشرط المخالف لمقتضى العقد.

أو العقد الصحيح بعبارة أخرى هو:" ما استجمع أركانه وشرائطه، بحيث يكون معتبرا شرعا في حق الحكم.[3]

---

1 . يطلق ويراد به صفة فعل المكلف والتي يظهر أثرها في الثواب، ومثاله الزواج فرض على المسلم إذا تيقن الوقوع في الحرام ومكروه فعله إذا خاف أن يظلم من يتزوجها وسنة مؤكدة في حال اعتدال طبيعته.

كذلك يطلق ويراد منه ما للعقد من اثر مترتب عليه شرعا ويتبعه في وجوده ومثاله يقال في حكم عقد البيع بثبوت ملكية المشتري للمبيع وثبوت ملكية البائع للثمن بمجرد انعقاد البيع.

= وكذا يراد به ما يكون للعقد من وصف وما يستتبع ذلك من تسمية إما نتيجة لاعتبار الشارع له أو عدم اعتباره و العقد بهذا الاعتبار يسمى صحيحا أو باطلا.

وأما نتيجة لما للعقد المعتبر شرعا من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال أو لا تقتضي ذلك بل تتراخى كما في الإضافة إلى مال الغير ويسمى العقد بهذا الاعتبار نافذا موقوفا وإما نتيجة لما للعقد من قوة ملزمة لكلا العاقدين أو لأحدهما أو غير ملزمة لواحد منهما، مثاله يقال أن حكم الزواج باطل أي لا تترتب عليه آثاره وحكم هذا البيع موقوف على إجازة صاحب من له الشأن فيه فإن أجازه نفذ وترتب عليه أثره وإن رفضه بطل ولم يترتب عليه اثر، مثل عقد الوكالة إنه غير لازم لكل من الطرفين أن يستقل بفسخه.

وعقد الإجارة أنه عقد لازم ليس لأحد طرفيه أن ينفرد بفسخه وهكذا وهذا ما نحاول أن نبينه هنا في هذا المقام، ويسمى الحكم هنا في هذا النوع حكما وضعيا نسبة إلى وضع الشارع.

انظر علي الخفيف أحكام المعاملات الشرعية ، سبق ذكره، ص301.

2 . ابن نجيم، البحر الرائق، سبق ذكره، ج6 ، ص75.

3. راجع التفتزاني:- الانعقاد هو ارتباط أجراه التصرف شرعا- التلويح على التوضيح، ط1337،ج2 ، ص123.

ومثاله البيع، يلزم لصدوره صحيحا من مباشرته شخصان مميزان، بإيجـاب و قبـول متوافقين دالين على إنشاءه، في محل قابل لحكمه - مال متقوم- ولم يقترن به شرط، كالتوفيق أو الجهالة في المبيع وغير ذلك، مما يجعل الشارع سببا للنهى عنه، كأن يوجب غررا، أو يفضي إلى نزاع أو يؤدى إلى فقد شرط من شروط صحته.

وقد يوجد العقد بوجود أركانه ومحله ومعناه، ولكنه على صفة لا يقرها الشرع، كأن يبيع شيء يملكه لمدة معينة، أو يبيعها بمال غير متقوم كالخمر، أو يبيعه بثمن مؤجل إلى وقـت اليسر، أو يبيع سلعة غير معينة من سلعة، ففي مثل هذه الصورة وجد العقد، ولكن على صفة تفضي إلى النزاع، أو إلى تملك ما نهى الشارع عن تملكه، أو إلى الغرر، فكان لذلك منهيا عنه، ولم تسلم أركانه أو محله فلم يكن صحيحا.

وعليه يمكن القول أنّ العقد الصحيح هو:" الذي اكتملت أركانه وشروطه التي وضعها الشارع ولم يرد نهي عنه".

العقد الباطل

هو: " ما كان في ركنه أو في محله خلل،[1] بأن كان الإيجاب أو القبول صادرا ممن ليس أهلا للعقد، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد.

أو هو:" ما كان فائتا المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف، كبيع الصبي والمجنون ".[2]

فالعقد الباطل عند الحنفية، هو عدم وجوده شرعا، لانعدام وجود بعـض أركانـه، أو لعدم وجود محله، أو لانتفاء معناه، بمعنى: هو العقد الغير المنعقد الذي لم يشرع أصلا، أو ما لم يعتبره الشارع موجودا، وإن وجدت له صورة في الخارج.

مثاله: إذا تبايع مجنونان وجدت صورة العقد، ووجد العقد حسا، فإنّ المراد بـالوجود الحسي ما يدركه الحس " السمع والبصر" من كلام المتعاقدين أو كتابتهما، مما يتكون العقد منه في الخارج.

1 .ابن نجيم، البحر الرائق.سبق ذكره، ج6، ص87 .

2. التفتزاني. التلويح على التوضيح ، سبق ذكره، ج2 ، ص123 .

حكمه: أنه لا ينعقد أصلا، ولا يقيد الملك أو التصرف ولو بالقبض، لانعدام الـركن وهـو مبادلة المال بالمال، والمبيع الباطل لا يعد مالا، إذ لا وجود له شرعا، فهو لا ينتج أثـره بـين الطرفين ولا في مواجهة الغير، ولو قبض المشترى المعقود عليه عقدا باطلا كان أمانة في يده.[1]

العقد الفاسد: هو:" ما شرع بأصله دون وصفه ".[2]

ويقصد بأصل المشروعية في العقد الفاسد سلامة أركانه ومحله من الخلـل و بفـوات الوصف فقدان بعض الأوصاف الخارجة المعتبرة شرعا كأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهـولا جهالة تفضي إلى المنازعة في المبيع أو الثمن كما لو باعه بثمن مؤجل ولم يسم الأجل أو يكون العقد خاليا عن الفائدة.

أو هو عدم سلامته من صفة كرهها الشارع فيه فنهى عنه لأجلها فالعقد هنا عقد فاسد عند الحنفية.

مثاله: لو بعت شقة إلى شخص ب:20000 دينار مؤجل إلى وقت حصوله على مال فهو عقد تتوافر فيه أركانه ومحله بمعنى تحقق الارتباط بين هذين الشخصين بتوافق الإرادتين ومع كل هذا فهو غير صحيح لأنه لازمه وصف منهي عنه، و هو التأجيل الذي يؤدى إلى الـ اع فكان هذا العقد منهيا عنه من الشارع، ولا يعترف به، وأوجب على المتعاقدين فسخه.

حكمه:

مادام الخلل في العقد، وليس في الركن، ولا في محله، بل لوصف من أوصافه، اعتبر العقد موجودا شرعا، ولكن لا مكان لوجود التنازع الذي ى عنه الشارع، ومن ثمة أوجب علـى العاقدان فسخه، واعتبر تنفيذه معصية، فإن لم يفعلا ذلك قام القاضي بفسخه جبرا عليهما.

يستخلص مما تقدم أنّ في العقد الفاسد ناحيتن:

إحداهما صحيحة، ومشروعة معترف ا من الشارع، وهي الركن، والمحل، يعني الأصل، والثانية هي ناحية صفته التي وجد عليها.

---

1 . هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد، وجمهور الفقهاء إلى أنه يكون مضمونا بالمثل والقيمة، وسيأتي تفصيله.

2 . الكاساني . بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص 305.

وعليه فالفاسد.[1] عقد وسط بين الصحيح و الباطل، يشبه الصحيح من حيث سـلامة مقوماته وانعقاده، ويشبه الباطل من ناحية ما فيه من خلل.

الفرع الثاني: التمييز بين البطلان و الفساد في المذهب الحنفي

إذا توافر للعقد العناصر التالية، تطابق الإيجاب و القبول، واتحاد مجلس العقد، وتعـدد العاقد، العقل، والتمييز، و محل مقدور التسليم، ومحل معين، أو قابل للتعين، ومحل صالح للتعامل فيه، أي مال متقوم مملوك، فإنّ العقد يكون قد اجتمع له ركنه أي: الإيجاب والقبول مـستوفيا لشرائطه، وهى العناصر الستة الأخرى، أما إذا تخلف عنصر منها فانّ العقد لا ينعقد ويكـون عقدا باطلا، لا وجود له.والعقد الفاسد مرتبة من مراتب البطلان، لا يعرفها إلا الفقه الحنفي[2].

إنّ العناصر الستة المتقدمة هي مطلوبة لانعقاد العقد، ولكن لا تكفي لصحته، بل يجب أن تضاف إلى هذه العناصر أوصاف معينة، وجودها ضروري لصحة العقد، فإذا تخلف وصف منها اعتبر العقد منعقدا بالرغم من ذلك لاشتماله على الركن وشرائطه، أي: لتوافره على أصله ولكنه ينعقد فاسد لخلل في وصفه، وبذلك يتميز العقد الفاسد عن الباطل.

الفرع الثالث: الأدلة.

تحتج الحنفية في التفريق بين العقد الباطل، و العقد الفاسد بما يلي:

إذا ورد النهي عن البيع، فإنّ النهي إنّما يكون في الحقيقة عن غير البيع لا عن عينه، ذلك لأنّ شرعية البيع ثابتة، فإنّ حمل ورود النهي عن غير البيع أولى، ولأنّ في الحمل على البيع نسخ المشروعية، وفي الحمل على غيره ترك العمل بغير حقيقة الكلام، والحمل على ا ـاز أولى مـن الحمل على التناسخ، لأنّ الحمل على ا ـاز من باب نسخ الكلام، والكلام وسيلة، والحمل على التناسخ من باب نسخ الحكم، والحكم هو المقصود، ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود.

1 . إذا كان الأصل في المذهب الحنفي أنّ الباطل والفاسد متباينان، إلا أ ـم في بعض العقود جعلوهما مترا دفين فقالوا: " أنّ الباطل والفاسد في العبادات مترا دفان، وفي النكاح، والعقود الغير مالية كالوكالة والوصية، وكذا التصرفات المنفردة كالطلاق والوقف ويبقى التباين مقصورا فقط على العقود الناقلة للملكية، والتي توجب التزامات متقابلة ".السيوطي، الأشباه والنظائر، سبق ذكره، ج،1 ص286 .

2 . السنهوري. مصادر الحق، سبق ذكره، ج4.ص 126 .

فإذا ثبت أنّ النهي عن البيع إنما هو ي من غير البيع لا عن عينه، بقى أصل البيع قائما سليما من الخلل فينعقد، فالنهي يكون من جهة الفساد لا البطلان، ومن ثم يكون البيع فاسـدا والدليل على أنه بيع، أنّ البيع في الشرع هو مبادلة مال متقوم وقد وجد فكان بيعا.

حصول الإجماع على أنّ البيع الخالي من الشروط الفاسدة مشروع، وتحصل به انتقـال الملكية، فذكر الشروط في البيع لا يصح، فالتحق ذكرها بالعدم، وأن البيع الخالي عن المفـسد مشروع ومفيد للملك بالإجماع.

وجوب التفريق بين النهي الوارد على الأصل، والنهي الوارد على الوصف، فـالأول ينصب على جوهر العقد أي: الأركان فإذا وجدت سالمة فقد وجد الجوهر وانعقد العقد، فإذا اقترن بوصف ملازم منهي عنه، وجدت ماهية التصرف سليمة من الخلل، ولحق الخلل الوصف فينعقد العقد، ولا يسري إليه النهي الوارد في الوصف، إلا بمقدار اقترانه به و ملازمتـه إيـاه، فالعقد منعقد ولكن يجب فسخه مادام هذا الوصف موجودا، فإذا ذهب الوصف ذهب الخلـل بمعنى: إذا كان الجوهر سليما عن المفسدة، وكان النهي في وصف خارج عنها، وقلنا بفـسخ العقد، لسوينا بينه وبين العقد الذي لم تسلم ماهيته أو جوهره عن المفسدة.

ولو قلنا بصحة العقد مطلقا، لسوينا بينه وبين العقد الذي سلمت ماهيته، وسلم وصفه عن المفسدة، وعليه فلا بد إذن من مرتبة وسطى بين مرتبة البطلان المطلق، حيث اختل الأصل و الوصف، ومرتبة الصحة المطلقة، حيث سلم الأصل والوصف، وهذه هي مرتبـة الفـساد، حيث سلم الأصل واختل الوصف.

ورود النهي من الشارع لأمر خارج عن الأركان، فالأركان سالمة والتصرف موجـود بوجودها، بالرغم من قيام النهي عن الوصف، ويمكن التوفيق بين الوجود والنهي، فالوجود قائم من حيث أنّ الأركان سالمة، والنهي يمكن إعماله من حيث نسخ التصرف ووجوب الـتخلص منه، وهذا هو حكم العقد الفاسد.

والتوفيق بين الوجود والنهي، غير ممكن إلا في المعاملات، أما في العبادات فهي قربـات خالصة، والنهي عصيان، ولا يتصور اجتماع نية القربة مع نية العصيان، ولـذلك لا تكـون العبادات إلا صحيحة أو باطلة، والفاسد منها يكون في حكم الباطل، و يلحق عقد الزواج

بالعبادات، فلا فرق بين الزواج الباطل والفاسد حتى عند الحنفية، ويرجع ذلك إلى ما في الزواج من الحل والحرمة، ومعنى التقرب به إلى الله تعالى فالتحق بالعبادات.

المطلب الثاني: أقسام العقد عند الجمهور وأدلتهم:

الفرع الأول: أقسام العقد عند الجمهور

ذهب الأئمة الثلاثة إلى أنّ العقد ينقسم إلى قسمين صحيح و باطل، أو صحيح وفاسد، ولا فرق عندهم في المعنى بين الباطل والفاسد، فهما كلمتان مترادفتان، فالمالكية، والشافعية، و الحنابلة، لا يفرقون بين العقد الفاسد، والعقد الباطل.[1]

وقد اتفق الفقهاء على أنّ معنى العقد الصحيح:" ما أقره الشارع ورتب أثاره عليه "،[2] بأن تكون أركانه سالمة لا خلل فيها، وكذلك أوصافه، ولم يرد أي منع له من الشارع الحكيم، وهذا المعنى متفق على أنه المراد بالعقد الصحيح.

لكن موضع الخلاف هو في مقابل العقد الصحيح، فالجمهور يقولون أنّ كل مقابل للعقد الصحيح باطل غير منعقد، سواء كان الخلل في أركانه أو في أوصافه.

ويعنون الصحيح ما استكمل جميع أركانه و شروطه، على وجه تترتب عليه آثاره الشرعية إثر تمامه، و الباطل والفاسد ما عداه مما لا يرتب الشارع عليه أثاره لسبب من الأسباب، سواء كان ذلك السبب راجعا إلى أركانه أم إلى أوصافه، فهو على الجملة ما لم يستوف أركانه وشروطه الشرعية ".[3]

إذن الجمهور لا يفرقون بين اختلال الوصف والأصل، فسواء اختل الأصل أو الوصف معا، أو صح الأصل واختل الوصف، فالعقد باطل وفاسد، والباطل والفاسد سيان.

الفرع الثاني: أدلة الجمهور في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد

إذا نهى الشارع عن تصرف شرعي ومنع إجازته، فوجوده مع ذلك النهى غير معترف به من الشارع، أي: أنه يكون غير موجود في نظره، وذلك لأنّ كل من العقد الباطل والعقد الفاسد منهي عنه شرعا، والعقد المنهي عنه يكون حراما، والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك أو

1 . الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، سبق ذكره، ج3 .ص53.

2 . أبو زهرة الملكية ونظرية العقد، سبق ذكره، ص369.ف 212.

3 . على الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص304 - 305.

ترتيب الالتزام، وذلك لأنّ قيام الشخص بإبرام عقد مع النهي عنه عصيان لأمر الشارع، فكيف يترتب أثر على أمر هو في نطر الشارع عصيان، وإذا ورد ي عن تصرف فذلك لا يكون إلا لبيان أنّ هذا التصرف قد خرج عن الشرعية، وبالتالي هو باطل.

لقول النبي صلى الله عليه وسلم:" كل عمل ليس عليه امرنا فهو رد، ومـن ادخـل في دينا ما ليس منه فهو رد ".[1]

ولاشك أنّ وقوع الأمر الذي حكم الشارع بمنعه، لم يجيء على أمره وعلى مقتـضى اعتباره، فهو رد، ومعنى رده أن لا يعترف له بوجود وآثار، فهو باطل في نظره.

ولأنّ سلف هذه الأمة قد أجمع على الاستدلال بعدم العقود المنهي عنها، فحكموا بعدم اعتبار العقود المشتملة على الربا للنهي عنه، واحتج ابن عمر،[2] رضي الله عنه في بطلان نكـاح المشركات **لقوله تعالى: ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن** .[3]

يستوي أن يرد النهي عن أصل العقد أو عن وصفه، ففي الحالتين قد ورد النـهي عـن عقد إما أصلا، وإما على وصف معين، والمنع إن ورد على الوصف فقد ورد على الأصل، لأنّ العقد إذا دخله شرط فاسد لا يجوز أن نعتد ذا الشرط الفاسد، و إلا لما كان هناك معنى للنهى عن الشرط الفاسد و لاختلط العقد الفاسد بالعقد الصحيح، وهذا ممنوع وكـذا لا يجـوز أن نسقط الشرط الفاسد ونبقي سائر العقد، لأنّ العاقدين قد اتفقا على العقـد جملـة واحـدة، ويكون إسقاط الشرط الفاسد مخالفا لما اتفق عليه، وأنّ أساس العقود التراضي.

لقوله تعالى: **يا أيها الذِين آمنوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينكُم بِالْباطِلِ إِلا أنْ تكُونَ تِجارةً عن تراضٍ مِنكُم ولا تقْتلُوا أنفُسكُم إِن الله كانَ بِكُم رحِيماً** .[4]

قوله صلى الله عليه وسلم:" لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس ".[5]

1. سبق تخريجه الهامش رقم2 ص 89.
2 . سبقت ترجمته في الهامش رقم 2 ص 84.
3 . سورة البقرة، الآية 121.
4 . سورة النساء، الآية رقم 29.
5 . الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن، البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة، بيروت، 1966، دون طبعة رقم الحديث92،ج3، ص26.

فلم يبق إلا أن نسقط العقد و الشرط معا، لنهي الشارع عن العقد المقترن بالـشرط الفاسد، وعليه يكون العقد الفاسد بمـ لة العقد الباطل، ومن ثمة لا يجوز التميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد.

الفرع الثالث: أقسام العقد الصحيح

العقد الصحيح هو:"ما صدر من أهله مضافا إلى محل صالح لحكمه، وسلم من خلل في ركنه أو في أوصافه ".[1]

أو بعبارة أخرى، الذي استوفى أركانه وشروطه التي وضعها الشرع، ولم يرد ـي عنه، وينقسم الصحيح إلى نافذ، وموقوف، على اختلاف في الموقوف بين الفقهاء.[2]

العقود النافذة

أ.العقد النافذ: هو ما صدر من أهله مضافا إلى محله وسلمت أوصافه مـن الخلـل، و كـان صدوره عمن له ولاية على العقد.[3]

العقد النافذ اللازم: هو ما صدر من شخص يتمتع بالأهلية، وله ولاية إصداره، ولم يتعلق بـه حق للغير ولا خيار فيه، سواء كانت هذه الولاية أصلية، كما في عقد الرشيد لنفسه في ماله، أو نيابة كما في عقد الوصي، أو الولي القاصر.[4]

أو هو ما ليس لأحد عاقديه فسخه دون رضا الأخر، كالبيع والإجـارة، والأصـل في العقود اللزوم، لقوله تعالى : **يا أيها الذِين آمنوا أوفُوا بِالْعقُودِ أُحِلت لَكُم بهيمةُ الْأنعامِ إلا ما يتلَى علَيكُم غَير محِلي الصيدِ وأَنتم حرم إِن الله يحكُم ما يريد** .[5]

العقد الصحيح النافذ اللازم: حكم هذا العقد باعتبار آثاره التي يرتبها الشارع عليه من غـير توقف على إجازة أحد، ولا يملك أحد المتعاقدين فسخه، وإبطاله، أو التحلـل منـه، بمعـنى: يستتبع أثاره ويجب على كل واحد منهما الوفاء بمقتضاه، بحيث إذا امتنع عن الوفاء بغير عـذر

---

1 . أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد، سبق ذكره، ص379 ، ف 22.

2 . ابن نجيم، البحر الرائق، سبق ذكره، ج6. ص75.

3 . أبو زهرة، نفس المرجع، ونفس الموضع.

4 . السيوطي، الأشباه والنظائر، سبق ذكره، ص148.

5 .سورة المائدة، الآية رقم 01.

كان آثما عاصيا، وأجبر على الوفاء به قضاء بمعنى: لا يجوز للمتعاقدان أن يتفقا على فسخه إذا كانت طبيعته لا تأبى ذلك.

والعقود التي لا تقبل الفسخ مثل الزواج، والطلاق على مال، والخلع، والعقود التي يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على فسخها، تتمثل في عقود المعوضات المالية، كالبيع، والإجارة... الخ.

ب. العقد النافذ الجائز.

أو هو غير اللازم: هو ما يملك كل من طرفيه أو أحدهما فقط فسخه، دون رضا الآخر، إما عملا بطبيعة العقد نفسه كالوكالة، أو لمصلحة العاقد، كالعقد المشتمل على الخيار.

ويقصد بالجواز في العقد النافذ عدم اللزوم بمعنى: أنه يجوز للمتعاقـدين أن يرجعـا في عقديهما متى شاء، فقد يكون لازما في حق كل منهما، وقد يكون لازما في حق واحد منهما.
والعقود بالنسبة إلى اللزوم، وقابلية الفسخ، وعدمه أربعة أنواع:

عقود لازمة لا تقبل الفسخ:كالزواج لا يقبل الفسخ ولو باتفاق العاقدين، لكن يقبل الإ ـاء بالطرق الشرعية، كالطلاق، والخلع، و التفريق القضائي.

عقود لازمة تقبل الفسخ: تقبل الإلغاء باتفاق العاقدين، وهي عقود المعوضات المالية، كـالبيع والإجارة.

عقود لازمة لأحد الطرفين: كالرهن والكفالة، لأنهما لازمان.

عقود غير لازمة للطرفين: يملك كل واحد فيها حق الفسخ والرجوع، كالإيداع، والإعـارة والشركة، والوصية، والهبة.

ج. العقد الموقوف: هو: "ما صدر عن أهلية مضافا إلى محله مع سلامة أوصافه، ولكنه لم يكن ممن له الولاية على العقد، كعقود الفضولي، وبيع ناقص الأهلية، وشراءه، ونكاحه، فإنّ هـذه العقود صحيحة موقوفة".[1]

وبعبارة أخرى أنه لا يترتب على إنشائه أي أثر من آثاره بالرغم من أنه عقد صـحيح يعترف الشارع بوجوده، بل يتوقف ويترتب الأثر على إجازة ممن له حق مباشرته.[2]

1 . أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، سبق ذكره، ف22، ص379.
2 . علي الخفيف.أحكام المعاملات، سبق ذكره، ص309.

ومثاله، بيع الفضولي مال غيره، فإن أجازه المالك صح العقد وإن رده بطل، وبيع الصبي المحجور موقوفا كذلك على إجازة وليه، وبيع المرهون فإنه موقوف أيضا على إجازة المر ن.

حكمه: يلاحظ أنّ العقد الموقوف اختلف الفقهاء بشأن اعتباره قسما مـن أقـسام العقـد الصحيح، فذهب الشافعية،[1] والحنابلة، [2] إلى عدم اعتباره من أقسام الصحيح.

وذهب الحنفية، [3] والمالكية، [4] إلى أنه من أقسام الصحيح، لأنـه مـشروع بأصـله ووصفه، وأنه يفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير.

المطلب الثالث: تقسيم العقد من حيث الـصحة والـبطلان في القـانون المـدني الجزائري

العقد في القانون المدني إما صحيح و إما باطل، والبطلان إما نسبي، أو مطلق.

الفرع الأول: العقد الصحيح

هو: ما توافرت فيه أركان انعقاده و شروط صحته، التي تطلبها المشرع.[5] وعليه لا بد من تراضي الطرفين.[6] بأن يوجد حقيقته أي: لابد من وجود سبب يحمل عليه، ويتعين أن يرد

1 . النووي، ا موع، سبق ذكره ج9، (د ت ط) ص282.

2 . منصور ابن إدريس، كشف القناع، سبق ذكره، ج2، ص11.

3 . الكاساني ، بدائع الصنائع ، سبق ذكره، ج5 ، ص143 .

4 . ابن رشد، بداية ا تهد، سبق ذكره، ج2، ص 143.

5. مما يلاحظ على التقنين المدني الجزائري أطلق على أركان العقد تسمية " شروط العقد" انظر المواد 59 إلى المادة 98 ص 12.وهذه السمية غير دقيقة لاعتبارين هما:

شروط العقد نوعان: قد تكون شروط انعقاد وعليه تسمى أركان، وهي الرضى، والمحل، والسبب، والشكل في العقد الشكلي، والسليم في العقد العيني، ص 19.

وقد تكون شروط صحة وهي لابد منها لكي يكون العقد صحيحا – الأهلية- سلامة الإرادة من العيوب.

ب. جزاء تخلف شروط العقد (الأركان) هو البطلان، ما جزاء تخلف الشروط الصحة، فهو بطلان العقد بطلانا نسبيا، أي قابلية للإبطال.

6. حيث أطلق على التراضي تسمية الرضاء، وعليه فالتراضي كركن في العقد يصدر من طرفين، بينما الرضاء فهو يصدر من طرف واحد، فالتراضي هو رضاء أحد المتعاقدين مضافا إليه رضاء المتعاقد معه.

انظر علي علي سليمان، النظرية العامة، المرجع السابق، ص 28.

التراضي على محل و سبب تتوافر فيهما الشروط التي تطلبها التقنين المدني، كالبيع فالثمن ركن أساسي فيه، إذ تقضي المادة 351 ق.م.ج بأنّ: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري، ملكية شيء، أو حقا ماليا آخر، في مقابل ثمن نقدي".

أما بالنسبة للتراضي فقد نصت المادة 59 ق م ج:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، دون إخلال بالنصوص القانونية.[1]

ويشترط لصحة التراضي التمتع بالأهلية لكل العاقدين، وأن يكون الرضى خاليا من عيوب الإرادة كما هو مبين في المواد من 81 إلى 90 من ق م ج.

ويجب أن يكون المحل موجودا عند إبرام العقد، أو ممكن الوجود، مستقبلا ومعينا، أو قابلا للتعين، أو مشروعا، أي يجوز التعامل فيه حسب المواد 92 إلى 96 ق م ج . أما بالنسبة إلى السبب، فلا بد أن يكون مشروعا حسب ما تشير إليه المادة97 ق م ج.

وعليه إذا توافرت في العقد كل ما ذكرنا، نشأ صحيحا وترتبت عليه آثاره فور انعقاده، وذاك هو العقد الصحيح، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء.

الفرع الثاني: العقد الباطل.

كان لزاما على المشرع الجزائري أن يفرد مكانا خاصا لنظرية البطلان، يجمع فيه النصوص الرئيسية التي تحدد القواعد العامة لبطلان العقد تحت عنوان " بطلان العقد" في المواد 99 إلى105 من ق، م، ج، على غرار ما فعله التقنين المصري،[2] وعكس التقنين المدني الفرنسي الذي لم يفرد مكانا خاصا بهذه التسمية،[3] وكل ما في الأمر أنّ هذه القواعد الخاصة بالبطلان عبارة عن نصوص متناثرة ومتفرقة في أماكن متعددة.

---

1 الصحيح هو: " إرادتيهما " مادام هناك طرفان لا طرف واحد، وهي مقابلة لنص المادة 89 من التقنين المدني المصري. " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقد العقد"

2. في المواد 138- 144 من القانون المصري.

3. محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، 1998/1418. ص35.

فبالنسبة إلى تعريف البطلان،[1] فإننا لم نعثر له على أثر في التقنين المدني الجزائري، ولعل الحكمة أو الهدف من ذلك يرجع إلى رغبة المشرع في ترك أمر تعريف الـبطلان للدراسـات الفقهية، و لإجتهادات القضاء.

ومع كل هذا لم يمنع من وجود بعض المحاولات لتعريف البطلان: " بأنه الجزاء الـذي يرتبه القانون، على تخلف ركن من أركان العقد، أو على اختلاله.[2]

وترتب الجزاء في زوال وانقضاء أثر التصرف القانوني، لأنّ إرادة الأطراف إرادة فاشلة وعاجزة من الناحية القانونية، لأ ا لم تراع ما نص عليه القانون في ذلك، وبالتالي يصبح العقد الذي رامت إبرامه يكون عديم الأثر لأنه عقد لا قيمة له قانونا.

وما دام البطلان هو جزاء، يعني نتيجة لمنع التصرف الذي لم تراع فيه متطلبات القانون، من إنتاج أي أثر في الماضي أو في المستقبل، وقد يكون كذلك سببا في امتناع الأفراد عن إبرام عقد، يكون عرضة للبطلان في مرحلة لاحقة.

ويكاد يجمع الفقه الحديث على التقسيم الثنائي للبطلان إلى مطلق ونسبي.

البطلان المطلق:

إذا تخلف ركن أو أكثر من أركان العقد - كانعدام الرضا، أو استحالة المحل، بأن كان غير معين، أو غير مشروع- أو السبب غير مشروع، أو قضى القانون بالبطلان، تحقق البطلان المطلق صراحة، كما في المادة 396 ق، م، ج، وكذا المتدخل في تركة إنسان ما يزال علـى قيد الحياة " م 92 ق، م، ج"

البطلان النسبي

أما إذا تخلف شرط من شروط الصحة، كأن يكون أحد طرفي العقد، ناقص الأهلية و كانت إراد ما معيبة بأحد عيوب الإرادة، أو في حالة تنصيص القانون ببطلان العقد بطـلان نسبيا، كما في بيع ملك الغير المادة (397 ق، م، ج).

---

1. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج1، ص 486، توفيق حسن فرج، المدخل للفقه الإسلامي، سبق ذكره، ص230.

بعد معرفتنا أنّ التقسيم الثنائي للبطلان هو الراجح في الفقه، فإنه يحق لنا معرفة موقف التشريع بأي التقسيمات يأخذ، أيأخذ بالتقسيم الثلاثي، أم الثنائي للبطلان؟ أم أنه يأخذ بفكرة التعدد اللا ائي لمراتبه ؟ أم يأخذ بفكرة وحدة البطلان؟

لقد تعرض المشرع الجزائري إلى فكرة البطلان، وقد تبنى التقسيم الثنائي للبطلان متناولا أحكامه في القسم الثاني، من الباب الأول، من الكتاب الثاني، من التقـنين المـدني، تحـت عنوان " شروط العقد".[1]

فبعد معالجة أركان العقد، ذكر مباشرة بعده حكم البطلان، وقد عالج البطلان بنوعيه،[2] و حرص المشرع الجزائري على نوعين من البطلان، و انحاز إلى الرأي القائل، أنّ معيار التفرقة بين نوعي البطلان، إنما يقوم على أساس تحليل عناصر العقد، والتفريق بين الأركان وشـروط الصحة، فمن جهة الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد أو اختلالـه، هـو الـبطلان المطلق،[3] ومن جهة أخرى يفهم من نصوص أخرى أنّ جزاء تخلف شروط صحة الرضا، هـو قابلية العقد للإبطال.[4]

ومما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يبين، متى يكون العقد باطلا أو قابلا للإبطال، لأنّ مهمته إنمّا هي تبيان أركان العقد وشروط صحته، لذا علينا الرجوع إلى ما وضعه المشرع مـن أركان للانعقاد، وشروط الصحة حتى يتبين لنا معرفة ذلك، وعليه نبين الحالات الـتي يكـون العقد فيها باطلا.

---

1. لقد أدخل المشرع الجزائري مسألة بطلان العقد تحت عنون" شروط العقد" وبعد ذكره لشروط العقد جعل ذلك تحت الترتيب الآتي، الرضا، المحل، وأدخل ركن السبب في المحل، بطلان العقد مع العلم انه ينبغي أن تكون قواعد البطلان مستقلة عن شروط العقد، فهي جزاء على تخلف أو اختلال هذه الشروط.
انظر علي علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، سبق ذكره، ص 28، محمد جبير الألفي، الفضالة، سبق ذكره، ص 218.
2. محمد جبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر سنة 1976، ص 15.
3. انظر المواد، 93، 96، 97 من القانون المدني الجزائري، ص 19.
4. المواد 81، 83- 86- 88- 90، - 101، القانون المدني الجزائري، ص16-20.

الفرع الثالث: الحالات التي يكون فيها العقد باطلا وقابلا للإبطال

يكون العقد باطلا في الحالات التالية:[1]

- حالة إبرام عقد من شخص عديم الأهلية، ولا فرق بـين أن يكـون صـبيا غـير مميـز (المادة 42 ق، م، ج) وأن يكون راشدا ومصاب بجنون أو عته (نفس المادة) وذلك بعـد تسجيل قرار الحجر عليه، المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري.
- حالة إبرام عقد ينعدم فيه التراضي (حالة الإكراه المادي أو الغلط المانع) أو يختلف فيه المحل أو السبب، أو لا تتوفر فيه شروط المحل، أو السبب (المادة 93-98 ق، م، ج).
- تخلف الشكلية في إجراء العقد، يعني الشكل المطلوب لانعقاد العقـد الـشكلي ' م 324 مكرر 1، و المادة 418، والمادة 883 ق، م، ج.
- حالة حكم القانون ببطلان العقد في صورة معينة، كبطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، ولو كان برضاه (م 92 /2 م، ج، وبطلان بيع الوفاء، م 396 م، ج).

الحالات التي يكون فيها العقد قابلا لإبطال:

- حالة تصرف ناقص الأهلية، الدائر بين النفع والضرر (م 43 - 101 م ج)
- حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين (م 81- 91 م، ج)
- حالة وجود نص خاص في القانون، يقضي بأنّ العقد قابل للإبطال كما هو الأمر بالنسبة إلى بيع ملك الغير (م 397- 398- 399) من القانون المدني الجزائري.

هذا وقد استعمل المشرع الجزائري بعض الكلمات مثل:

- استعماله في المادة 93 و 102 م ،ج، عبارة العقد الباطل بطلان مطلقا، وعبارة العقـد الباطل (م 94، 96، 97 م ج) وهي حالة واحدة تدل على تخلف أحد أركان العقد، أو اختلال شروط المحل والسبب.

وقد استعمل كذلك عبارة " العقد الباطل بطلانا نسبيا " فقد أغفلها، ووضـع بـدلها تسمية العقد القابل للإبطال، المواد (99، 100، 101 والمادتين 104، 105 بشكل خاص من التقنين المدني الجزائري.

1 . محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، سبق ذكره، ص 75.

وليت مشرعنا، [1] اقتدى أو حذا حذو نظيره المصري في استعماله لفظي البطلان والقابلية للإبطال، ذلك أننا نرى أنّ عبارة البطلان المطلق، التي استعملها مشرعنا تستدعي بالضرورة أن يكون هناك في مقابلها عبارة إبطال نسبي"، ومادام هذا المشرع قد ترك هذه التسمية الأخيرة، فكان يجدر به ترك تلك العبارة الأولى، فيقول إما البطلان فقط دون وصف، وهو ما نحبذه أو يقول " باطل " وذلك يكون عندنا وضع العقد الذي يستجمع أركان انعقاده، أو شروط صحته، وهما العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.

ومما تقدم يظهر لنا أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بالقسيم الثنائي للبطلان، وهو ما اعتنقه مشرعنا، وهذا بموجب المواد 99 إلى 105 من القانون المدني الجزائري، المقابل للمواد 138، 144 من القانون المدني المصري.[2]

المطلب الرابع: مناظرة الفقه الإسلامي بالقانون المدني في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان

بعد عرض موضوع تقسيم العقد من حيث صحته وبطلانه، نخلص إلى أنّ الفقه الإسلامي، له نظامه الخاص في تقسيم العقد، من حيث الصحة والبطلان والفساد والوقف والنفاذ واللزوم، وقد برع هذا الفقه في إبراز هذه التقسيمات وصياغتها صياغة فنية موفقة.[3]

فالعقد الصحيح ينقسم إلى نافذ، وغير نافذ، بمعنى: الموقوف، والعقد الصحيح النافذ قد يكون لازما إذا كان خاليا من الخيارات أو من عيوب الإرادة، وقد يكون غير لازم إذا كان بطبيعته غير لازم، أو كان فيه أحد الخيارات كخيار الشرط، أو خيار الرؤية، أو العيب، أو كانت إرادة أحد العاقدين، قد اعتراها أحد عيوب الإرادة.[4]

---

1. المقصود به المشرع الوضعي، أي المقنن الجزائري.
2. نفس المرجع، ص 76، ص77.
3. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، ص 262 وما بعدها. محمد حسنين، نظرية بطلان العقد ، مرجع سبق ذكره، ص 85.
4. الإكراه، والجنون والسكر، الخ.

أما العقد الباطل الذي لا يكون مشروعا لا بأصله و لا بوصفه، وذلك لانعدام معنى التصرف، كبيع الخنزير أو آلات اللهو، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع غير المميز، والمجنون.

وهناك العقد الفاسد الذي انفرد الفقه الحنفي بالقول به، حيث فرق بين الخلل في الأصل والخلل في الوصف، فقرر بطلان العقد في الحالة الأولى، ورتب فساده في الحالة الثانية.

أما في فقه القانون المدني الجزائري، فالعقد إما أن يكون صحيحا، و إما أن يكون غير صحيح، وقد قسم فقهاء هذا القانون البطلان إلي نوعين: بطلان مطلق، وبطلان نسبي، أو قابلية العقد للإبطال.

البطلان المطلق: نجد أنّ نظرية فقهاء القانون المدني، متفقة مع نظرية العقد الباطل في الفقه الإسلامي، حتى أنّ أحكامها ونتائجها تعتبر صورة طبق الأصل عما في الفقه الإسلامي.[1]

فالعقد الباطل بطلانا مطلقا عند فقهاء القانون المدني، وإن وجد فهو في خانة العدم، بمعنى: غير منعقد، وسببه فقدان أحد مقومات العقد، أو بعض شرائطهما، وهذا التوافق بين العقد الباطل في الفقه الإسلامي، وفي القانون المدني ناشئ عن قاعدة أنّ الباطل معدوم اعتبارا في نظر التشريع، فالنتائج المتولدة عن ذلك تصبح لوازم عقلية، أو بديهيات لا يختلف حولها اثنان.

أما بالنسبة إلى البطلان النسبي: رأينا أنه لا يصح أن يوصف العقد بالبطلان، ولو كان نسبيا لأنّ العقد القابل للإبطال - حماية لحق طرف – باعتباره قائم، ومعتبر ومنتج لجميع الآثار، فقابليته للإبطال، حماية لأحد الطرفين من ضياع حقه.

وعليه نعتبر في الفقه الإسلامي أنّ العقد غير اللازم، هو من شأنه أن يقابل تسمية القابل للإبطال في القانون، بحيث تجعل الاختيار للطرفين بين إمضاء العقد وفسخه، إذا تعلقت به أحد عيوب الإرادة.

وبهذا نرى أنّ كل من العقد القابل للإبطال، في القانون المدني الجزائري، والعقد غير اللازم في الفقه الإسلامي نتائجهما واحدة من حيث الأثر.

1 .السنهوري، مصادر الحق ج4، ص 262. ومصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سبق ذكره، ج2، ص 726.

فالعقد غير اللازم، تترتب عليه آثاره ولو لم تصدر الإجازة، والعقد القابل للإبطال ينتج آثاره قبل إجازته من ذي الشأن، وإذا تمسك صاحب الحق في إبطال العقد غير اللازم، يـسقط حقه بالفسخ، وكذا العقد القابل للإبطال يتلاشى إذا تمسك صاحب الحق في الإبطال بحقه.

وعليه نرى أنّ القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي، بصدد العقد الباطل وهذا بوجود فكرة القابلية للإبطال، التي تقابلها فكرة العقد غير اللازم، ومما تقدم يتضح لنا:

فيما يخص، نظرية فساد العقد كمرتبة من مراتب البطلان، الذي انفرد ا الفقه الحنفي لا توجد في القانون المدني ولا في فقهه.

أما نظرية البطلان النسبي، أو القابلية للإبطال في القانون المدني، لا تقابل نظرية الفساد في الفقه الحنفي بل تختلف عنها في أمور منها.

أ. من حيث الغاية التشريعية: تختلف نظرية الفساد اختلافا بينا عن البطلان النسبي، ذلـك أنّ الفساد جزاء مقرر لحماية النظام الشرعي في التعاقد، وهو مرتبة ثالثة بين الـبطلان والـصحة، وذلك للتميز بين المخالفة الجوهرية، الموجبة للبطلان كفقدان ركن العقد، والمخالفة الفرعيـة، كجهالة مفضية إلى نزاع بين المتعاقدين.

أما البطلان النسبي أو القابلية للإبطال، فليس مرتبة ثالثة بين صحة العقد وبطلانه بل هو حق لأحد المتعاقدين، حماية له من أي ضرر محتمل لم يتحقق رضاه به.

فالبطلان النسبي إذن جزاء لحماية حق خاص، أما الفساد هو جـزاء لحمايـة النظـام التشريعي العام.

ب. من حيث الأحكام: إنّ الفساد لا يزول بالإجازة في الفقه الإسلامي بـل يبقـى العقـد مستحقا للفسخ" والفساد لا يجوز بالإجازة ولا يرتفع ا". [1]

لأنّ الفساد يزول بإزالة السبب، [2] بحيث إذا زال المانع عاد الممنوع كما هو معـروف في قواعد الفقه الإسلامي.

---

1 . الزيلعي، فخر الدين بن عثمان بن علي، الزيلعي، ، ط1314هـ، تبيين الحقائق، شرح ك الدقائق، ج5، ص 182

2 .كما لو كان الفساد لجهالة الثمن فعين الثمن يزول الفساد وينقلب العقد صحيحا.

أما البطلان النسبي في القانون المدني فهو عكس ذلك تماما، بحيث يمكن الـ ول عنـه بالإجازة الصريحة و الضمنية (م 100 ق م ج) وسقوط حق طلب الإبطـال بالتقـادم (م 101 ق م ج)

إنّ القانون يقترب من الفقه الإسلامي بصد نظرية العقد القابل للإبطال التي تقابل فكرة العقد غير اللازم، بمعنى يصبح العقد اللازم غير لازم لسبب من الأسباب كاقتران العقد بأحـد الخيارات العقدية وإما لتعلق طرفي العقد بعيوب الإرادة.[1]

وعليه نقول إنّ العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي هو صورة مطابقة للعقـد القابـل للإبطال في القانون المدني، باعتبار النتائج والآثار التي يرتبها، فإذا أجيز كان جائزا وان حكـم بإبطاله زال و انفسخ.

كما هو معروف في الفقه الإسلامي انفراده بالاعتراف بالعقد الموقوف فهـذا الأخـير يختلف عن العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري فهما ضدان وليس صنوين وهـذا للاعتبارات التالية.

أ. من حيث حالات وقف العقد الأساسية.

- حالة تصرف الفضولي.[2]
- تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع والضرر.[3]
- تصرف المدين بدين مستغرق.[1]

---

1 . في الفقه الإسلامي لا يوجد نظرية عامة لعيوب الإرادة كما هو الشأن في القانون المدني بحيث لم يتناول فقهاء الشريعة هذه العيوب في أبواب معينة، ومباحث مستقلة ا، بل هي متناثرة على صفحات كتب الفقه باستثناء الإكراه.

انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص6. الحطاب، مواهب الجليل، سبق ذكره، ج4، ص 248، ص 249. ابن جزي، القوانين الفقهية، سبق ذكره، ج1، ص 151.

2. الكساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص148.ابن جزي، القوانين الفقهية، سبق ذكره ج1، ص163. ابن قدامة، المغني، ج4، ص 200.

3 . ابن نجيم، البحر الرائق، سبق ذكره ج5، ص281. الدسوقي، الشرح الكبير، ج3، ص 294.

- تصرف مريض مرض الموت.[2]
- تصرف الموصي بأكثر من ثلث ماله.[3]

ب.أما حالات القابلية للإبطال في القانون المدني فقد قلنا أنا تتمثل فيما يلي.

- تصرف ناقص الأهلية الدائر بين النفع و الضرر.(م 43.و م 101 م ج).
- حالة وجود عيب يشوب إرادة أحد المتعاقدين (م81 . م91 م ج).
- حالة وجود نص خاص في القانون يقضي بأن العقد قابل للإبطال كما هـو الأمـر بالنسبة إلى بيع ملك الغير (م397 إلى م 399).

ج. من حيث حكم كل منهما:

إنّ العقد الموقوف لا ينتج آثاره إلا إذا لحقته الإجازة، أما العقد القابل للإبطـال، هـو منعقد ومنتج لكل آثاره مادام لم يتقرر بطلانه، ولا وجود لفرق بينه وبين العقد الـصحيح، إلا في أنّ العاقد الذي شرع الإبطال لحقه، يستطيع أن يطلب إبطاله، وإذا لحقته الإجـازة أصـبح مشروعا.

د. من حيث صاحب الحق في الإجازة: هذا سنتناوله في موضعه في المبحث القادم بالتفصيل.

خلاصة

بعد هذه المناظرة بين العقد القابل للإبطال، والعقد الموقوف، نرى أنّ الفقه الإسـلامي أصح، وأدق منطقا من القانون المدني الجزائري، فالمعروف أن يقف نفاذ العقد حتى يستكمل ما نقصه، لا أن يعتبر صحيحا وينفذ رغم ما أصابه من نقص، أو عيب حتى يبطل.

---

1. ابن العابدين، رد المحتار، سبق ذكره، ج5، ص 99. الخرشي، شرح الخرشي، سبق ذكره،ج3، ص 266. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، الشيرازي، 476 هـ، المهذب، دار الفكر العربي، بيروت.ج1، ص328.

2 . ابن قدامة، المغني، ج6، ص 428.

3 .ابن الهمام، فتح القدير، ج 8، ص 420.

الحطاب، مواهب الجليل، ج6، ص394.

وكما قلنا من قبل أنّ العقد الموقوف يحقق الحماية، و الحصانة بدرجة أكبر مما تحققها القابلية للإبطال، فالوقف يمنع إلحاق الضرر بأحد العاقدين على عكس القابلية للإبطال، بمعنى أنّ إبطال العقد بمثابة علاج، ووقف العقد بمثابة وقاية،[1] والوقاية خير من العلاج.

1. تصرف الصبي الدائر بين النفع والضرر (البيع) هل الأولى أن يوقف عقده، حتى يجيزه مثله الشرعي أو حتى يجيزه هو عند بلوغه رشده، كما هو الأمر في الفقه الإسلامي؟ أم أنه ينفذ عقده حتى يطالب بإبطاله عند بلوغه هذه السن؟ كما هو الأمر في القانون المدني.

= الواضح أنّ الأولى أن يقف عقده حتى يبين مثله الشرعي، أو حتى بلوغه رشده، هذا ويبدوا أنّ الفقه الإسلامي أدق نظر وأفضل حلولا من القانون المدني، انظر السنهوري، مصادر الحق، ج 4، ص 277. وانظر، محمد جبار ، نظرية البطلان، سبق ذكره، ص 94، ص 95.

المبحث الثالث: الإجازة

ومما سبق قوله، أنّ تصرفات الفضولي متوقفة على إجازة المالك الأصلي، الذي أعطي له حق إجازة هذا التصرف، انطلاقا من هذا سأتعرض في هذا الفـصل، إلى إجـازة تـصرف الفضولي، من خلال التعرض لمصطلح الإجازة ، ثم أتعرض لشروط صحة تصرف الفضولي، في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني، ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: الإجازة

المطلب الثاني:خصائص الإجازة والفرق بينها وبين مصطلحات الإقرار والإذن.

المطلب الثالث: شروط صحة إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسـلامي والقـانون المدني الجزائري.

المطلب الأول : مفهوم الإجازة

في هذا المطلب سأتطرق إلى تعريف الإجازة، في كل من اللغة، والاصطلاح ، و القانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: تعريف الإجازة

أ: الإجازة في اللغة:

جاء في المصباح المنير،[1] جاز المكان يجوزه، جوازا، وجوازا سار فيه، وأجـازه قطعـه، وأجاز الشيء أنفذه.

جاز العقد، نفذ ومضى على الصحة، وأجزت العقد، جعلته جائزا نافذا.

ب: الإجازة في استعمال الفقهاء:

في استعمال فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ الإجازة لا يخرج عن المعنى العام، فيستعمل في نفاذ العقود الموقوفة، أي: ترتيب أثرها عليها، فالعقد الموقوف ينفذ ويرتب عليه أثـارا، عـن طريق إجازة من له ولاية إجازته.

فالفقهاء الذين يقولون بوقف تصرف الفضولي، يصبح نافذا، وتترتـب عليـه آثـاره بإجازته من صاحب الشأن، وهو المالك الأصلي، أو الوكيل.[2]

فالإجازة كما عرفها أحد الفقهاء:" تصرف في العقد بالإبقاء".[3] انطلاقـا مـن هـذا التعريف نجد أنّ لفظ الإجازة، يطلق ويستعمل عندما ينتج العقد الموقوف أثاره.

1. أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، سبق ذكره ج2، ط1316 هـ ، مصر، ص 54

2. فتصرف ناقص الأهلية المتردد بين النفع والضرر يصدر موقوفا، ولكنه ينفذ بإجازته ممن له الولاية على ناقص الأهلية، وتزويج العبد نفسه موقوفا ينفذ بإجازته من سيده، والوصية للوارث أو بأكثر من الثلث موقوفة وتنفذ بإجاز ا من الورثة.

انظر، موسوعة الفقه الإسلامي ج2، القاهرة 1993، جمهورية مصر، وزارة الأوقاف، ا لمس الأعلى للشؤون الإسلامية، ص 330.

3.كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير، شرح الهداية، ج7، ص54.

فعقد الفضولي لا تترتب عليه أثاره فور صدوره، ولكنه يحتاج إلى إجازة من صـاحب الشأن، حتى يصبح نافذا، وعليه فالإجازة هي رفع حاجز أو مانع.

فالإجازة هي تصرف يصدر ممن خول له الشرع هذا الحق، لإبقاء التصرف موقـوف النفاذ في حقه، ويكون من نتيجته، نفاذ التصرف وتترتب عليه أثار.

ج: الإجازة في القانون المدني الجزائري

بشكل عام لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الإجازة، وكل ما في الأمر أنه ترك هذه المسألة إلى فقهاء القانون وشراحه لتكيفيها، ولكن هذا لم يمنع من وجود بعـض المحـاولات لتعريف هذا المصطلح، ومن هذه المحاولات نذكر.

أنّ الإجازة هي: " عمل قانوني صادر من جانب واحد، يزيل به المتعاقد عيبا في العقـد يخوله القانون الحق في طلب إبطاله".[1]

ومن خلال استقرائنا لمختلف المواضيع التي تشير إلى هذا المصطلح، وجدنا فقهاء القانون قد انقسموا بشأن تعريف الإجازة إلى قسمين، فريق يقول أنّ الإجازة تقتصر على إزالة الحق في التمسك بالإبطال، وهذا الذي ذكرناه من قبل، وفريق آخر يقول أنّ الإجازة تصحح العقـد الذي ترد عليه، انطلاقا من التعريف الذي يقول بأنّ الإجازة هي: " عمل قانوني صـادر مـن جانب واحد...فإذا أجيز، زال حق المتعاقد في التمسك بإبطال العقد، وهذا معناه أن ينقلـب العقد صحيحا بوجه بات".[2]

وعليه يمكن القول أنّ الإجازة في القانون، هي نـزول صـاحب الحـق في التمـسك بالإبطال، وبالتالي يستقر العقد ائيا، بعدما كان مهددا من صاحب الحق الـذي لـه حـق الإبطال.

1.محمد حسنين، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزامات و أحكامها، في القانون المدني الجزائري، ط 1983، ص 81. محمد تقية: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، ط 1984، ص 102.

2 .عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام بوجه عام، مرجع سابق، ج1 ص 516، ص518. و مصادر الحق، ج4، ص166، ص176

الفرع الثاني: صاحب الحق في الإجازة

بما أنني تعرضت في المطلب السابق إلى تعريف الإجازة، ينبغي علي، ولو من باب الإشارة التعرض لصاحب الحق في الإجازة، في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

أ. المجيز في الفقه الإسلامي:

إذا كانت الإجازة تصرف يصدر ممن خوله الشرع هذا الحق، وهي ترد على العقد، والعقد كما نعرف أنواع قد يكون عقدا موقوفا، أوعقد لازم اقترن بأحد الخيارات العقدية، فصار غير لازم لمن شرع الخيار له، لكن ما يهمنا هنا العقد الموقوف على إجازة المالك في الفقه الإسلامي.

- المجيز في العقد الموقوف

فالمجيز في التصرف الموقوف، [1] هو من ثبت له حق مباشرة العقد، وهو المالك وإذا تصرف الغير في ملك غيره، أصبح العقد موقوفا على إجازة المالك، فإذا أجازه هذا الغير اعتبر العقد صحيحا ونفذ العقد، وإن لم يجزه بطل، ولم يرتب عليه أي أثر، أما الفضولي والمشتري ليس لهما الحق ولا يثبت لهما في الإجازة.

وعليه يصبح الفضولي وكيلا بعد إجازة المالك للتصرف، ويترتب على العقد آثار يلتزم ا الفضولي، وبالتالي يثبت له حق فسخ العقد الذي أبرمه، خوفا من رجوع حقوق العقد إليه بعد الإجازة.

أما المشتري فله حق فسخ العقد، الذي أجراه مع الفضولي ويبقى متمسكا ذا الحق في الإبطال، قبل صدور الإجازة، لأنّ بعد الإجازة يسقط حقه فيها، وتنتقل الملكية إليه". [2]

أما الصبي المميز غير المأذون له بالتصرف، إذا بلغ سن الرشد، ينتقل إليه حق إجازة تصرفاته الموقوفة، التي كان قد باشرها حال الصغر، ولم يبق فيها مثله أو من ينوب عنه بإجازة

---

1. الصبي المميز بالنسبة إلى التصرف المتردد بين النفع والضرر، ينعقد موقوفا على إجازة وليه، انظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للدر دير، م س، ج3، ص294.

2.ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج5، ص312. الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج2، ص233/ج5، ص151، ص152

أو رفض، لأنه متى بلغ سن الرشد استقل في التصرف بحقوقه، أما إذا رفضه مثله الشرعي قبـل بلوغه، فليس له حق إجازته بعد بلوغه، لأنّ التصرف قد بطل بـالرفض، والباطـل لا يقبـل الإجازة.

ومن خلال ما سبق ذكره نقول: أنّ المميز في العقد الموقوف قد يكون المالك، في بيـع الفضولي، أو ولي ناقص الأهلية، للتصرف النافع والضار، أو الصبي نفسه بعد بلوغه سن الرشد.

كما يثبت حق الإجازة لغير هؤلاء، ممن ينعقد التصرف موقوفا على إجاز م كالموكل الذي تجاوز حدود الوكالة.

أما بالنسبة إلى ا يز في تصرف معيب الإرادة، هو من اعترى إرادتـه أحـد عيـوب الإرادة.[1] فيثبت حق الإجازة لمن اعترى العيب إرادته، والعاقد الآخر ليس له حـق الإجـازة، مادام لم يثبت له حق فسخ العقد، نظرا لسلامة إرادته من العيب.

أما ا يز في التصرف اللازم الذي اقترن به أحد الخيارات العقدية، فلزوم هذا العقد يمس أحد العاقدين، فيثبت له حق الإمضاء والفسخ، كالبيع و الاجارة، أو عقود المعاوضات بـصفة عامة، التي اقترنت بأحد الخيارات كالشرط، وكالرؤية، والعيب.

إذن هذا هو ا يز في الفقه الإسلامي.

ب: الميز في القانون المدني الجزائري

انطلاقا من نص المادة 99 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على ما يلـي: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر، أن يتمـسك ـذا الحق".[2]

واستنادا إلى تعريف الإجازة الذي ذكرناه فيما سبق نقول: " أنّ الإجازة يملكها مـن شرع الإبطال لمصلحته لأنه له الحق في التمسك بإبطال العقد، أما الطرف الذي تعاقد معـه لا يثبت له هذا الحق، نسبة إلى نص المادة السالفة الذكر".

1. عيوب الإرادة: فعيوب الإرادة نجدها متناثرة في كتب الفقه ولم يتعرض لها الفقهاء المسلمين في باب خاص أو تحت عنوان مستقل، كما أن آثارها تختلف من مذهب إلى آخر، ومن هذه العيوب، التدليس، الغش، الغلط، الإكراه، الغبن، العيب.

2. المادة 99 من القانون المدني الجزائري، ص 20.

وبالتالي ا يز في القانون المدني هو من يثبت له الحق في التمسك بالإبطال، أو من خوله القانون حقا في التمسك بالإبطال".[1]

المطلب الثاني: خصائص الإجازة والفرق بينها وبين مصطلحات الإقرار والإذن

في هذا المطلب سنتناول مميزات وخصائص الإجازة، في كل مـن الفقـه الإسـلامي، والقانون المدني الجزائري في الفرع الأول، و في الوقت نفسه أتنـاول الفـرق بينـها، وبـين المصطلحات المشا ة لها كالإقرار والإذن، في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص الإجازة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

أ. في الفقه الإسلامي: قلنا إنّ الإجازة في الفقه الإسلامي، هي تصرف شرعي رافـع للمـانع وهي حق يثبت لمن شرع له حق الخيار بين الفسخ والإمضاء، فمن خلال هذه الإشارة نستطيع أن نبين خصائصها وهي كالآتي:

- الإجازة تصرف انفرادي يتم بإرادة واحدة، وهي لا تثبت لطرفين، وعليه لا يشترط فيهـا قبول الطرف الثاني أو علمه ا، مما يعني أنها ليست بحاجة إلى قبول الطرف الآخر في العقد، و إذا صدرت ممن له حق إصدارها، لا يحق له الرجوع فيها بالفسخ بمجرد صدورها تنتج آثارها، فالإجازة تعني ا يز وحده، وتبقي على حق العاقد الآخر.

- تصرف إسقاطي، فا يز مخير بين الإمضاء والفسخ، وعليه إذا أجاز العقد أو التصرف، سقط حقه في الإبطال والفسخ.

- من خصائصها أنها تصرف كاشف، فالفضالة كما أسلفنا تتداخل مع الوكالة، فـإذا أقـر المالك الحقيقي العقد أصبح الفضولي كالوكيل، انطلاقا من القاعدة المعروفة الإجازة اللاحقـة كالوكالة السابقة" فالإجازة طبعا لهذا لم تنشأ العقد، وإنما بفضلها أصبح العقد نافذا وتترتـب عليه أثاره بمجرد صدورها، اعتبارا من تاريخ انعقاد العقد، وليس من تاريخ إجازته.

و مما سبق نستنتج أنّ هذا هو عين الأثر الكاشف للإجازة في الفقه الإسلامي.

ب: خصائصها في القانون المدني الجزائري

1. بخلاف بيع ملك الغير ، فالمالك له الحق في الإجازة، كما له الحق في الإبطال، لأنّ بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري، لكن إذا أجازه المالك انعقد.

أثناء تعريفنا للإجازة في القانون المدني، ومن خلال الوقوف على كتب فقهاء القـانون، أنّ الإجازة تصرف قانوني انفرادي، تثبت لمن خول له القانون هذا الحـق- طلـب الإبطـال- والإجازة ليست ذات طبيعة تعاقدية، لأنها تتوقف على إرادة الطرف الذي شرع حق التمسك بالإبطال لمصلحته.

- إ ا تصرف إسقاطي لأنّ حق ا يز في الإبطال يسقط بعد إجازته للعقد، حيث يترتب عليه أثارا بعد العقد، وبالتالي أسقط هذا الحق بالإجازة.

- إنها تصرف كاشف، فبالإجازة يزول حق ا يز في التمسك بالإبطال منذ تاريخ إبرام العقد، لا من وقت صدور الإجازة فحسب، ويترتب على الأثر الكاشف للإجازة أنّ العقد يصبح باتا، غير مهدد بالزوال منذ تاريخ إبرامه،[1] لأنّ الإجازة تتضمن نزولا عن الحق وليس نـشؤا لحـق معين.

فخصائص الإجازة في الفقه الإسلامي هي تقريبا، نفسها في القانون المدني، من حيـث إنها تصرف انفرادي من حيث الشكل، وإسقاطي وكاشف من حيث الأثر وبالتالي هي تعـبير عن الإرادة، وهذا ما صرح به المشرع الجزائري عند تنصيصه على الإجازة في بطـلان العقـد الموجودة في المادة 100 في القسم الأول من الباب الأول.

الفرع الثاني: أهم الفروق بين الإجازة وبعض المصطلحات كالإذن والإقرار

وهذا ما استقصيناه من أقوال فقهاء الشريعة الإسـلامية، و فقهـاء القـانون المـدني الجزائري، حيث استعملوا هذا اللفظ بدلا، أو مرادفا لهما.

أ. الإجازة والإذن:

فالإجازة كما سبق وأن قلنا هي تصرف إرادي انفرادي يثبت لمن ثبت، أو شرع له هذا الحق، أما الإذن هو كمن يأذن القاضي للمميز، أو المتصرف في أمواله مثلا.

وعليه فإنّ الإجازة هي أن يرضى ا يز بالتصرف بعد وقوعه، وليس له خيار آخر فهي تصرف تالي، أو بعدي بعد الوقوع، فهي إما تنفيذا أو إمضاء، أما الإذن فهو رخصة لإجـراء التصرف، قبل وقوعه فهو باعتبار لما سيقع، أما الإجازة تكـون لمـا وقـع مـن الأعمـال والتصرفات.

1 . المادة 100 القانون المدني الجزائري: " إنّ الإجازة تستند إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، ص 20.

وقد يكون الإذن بمثابة الإجازة إذا حدث بعد التصرف انطلاقا من المقولة: " الإجـازة اللاحقة كالإذن السابق".

الإذن يكون في التصرفات والأفعال، أما الإجازة فتختص بالعقد الموقـوف، أو العقـد القابل للإبطال، أو العقد غير لازم. و الإذن يعتبر توكيلا فيه، فيمكن للآذن، أن يرجع فيه قبل حدوث التصرف من المأذون له، أما الإجازة تنتج أثارها في الحين، وبالتالي لا يحـق للمجيـز الرجوع فيها سواء في العقد الموقوف، أو العقد القابل للإبطال.

الإجازة كما بينت إما تنفيذ لتصرف موقوف، ومن ثمة يترتب عليها إستتباع هذا التصرف لآثاره المترتبة عليه، أو إمضاء العقد غير اللازم وإبرامه، ومن ثمة يترتب عليه سقوط الحـق في فسخه ممن أجازه، كما في البيع، بشرط الخيار يجيزه من شرط له الخيار، وكما في شراء عـين قبل رؤيتها يجيزه المشتري بعد رؤيتها، وعلى ذلك لا تكون إلا تالية للتصرف.

وقد جاء في الفرق بينهما أنّ الإذن إنما يكون لما سيقع، والإجازة إنما تكون لما وقع، وأنّ الإذن يكون بمعنى الإجازة، إذا حدث بعد التصرف، وكان الأمر وقع وعلم به الآذن.

ما يلاحظ أنّ الإذن أو الوكالة، يكون في كل ما يجوز للآذن أو الموكـل مباشـرتة مـن التصرفات، والأفعال، أما الإجازة فلا تكون في كل تصرف يصدر وإنما تختفي ...بالتصرفات الموقوفة بسبب يرجع إلى نقص الولاية أو عدمها، أو تعلق حق الغير.

كما يلاحظ أنّ الإذن بالعقد أو بالتصرف يعد توكيلا فيه فيقبل عند الحنفية الرجوع عنـه قبل حدوثه من المأذون، أما الإجازة فستستتبع أثرها في الحال، ومن ثمة لا يقبل الرجوع فيهـا من ا يز، إذ بمجرد الإجازة ينفذ العقد، وإذا نفذ لم يتوقف بعد نفاذه.

ب. الإجازة والإقرار

الإجازة تصرف يصدر من أحد طرفي العقد، أما الإقرار فهو تصرف يصدر مـن طـرف أجنبي عن العقد، وانطلاقا من هذا تختلف الإجازة عن الإقرار من حيث:

1.من حيث الموضوع: الإقرار يرد على العقد الصحيح، بينما الإجازة تختص بالعقد الموقوف، أو القابل للإبطال.

2.من حيث المصدر: ا يز طرف في العقد، أما المقر فأجنبي عن العقد.

3.من حيث الأثر: الإجازة تنفذ العقد وتخرجه من خطر الفسخ الذي كان يهدده، أما المقـر فيكمن أثره في العقد، بأن يصبح نافذا في حق المقر بمجرد صدوره منه، ومثاله الوكيل الـذي تجاوز حدود الوكالة، بيع ملك الغير فالمشتري يجيزه والمالك يقره.

وقد استعمل الفقه والقضاء الفرنسيان هذين اللفظين مترادفين، في عدة نـصوص كالمـادة 1338 التي جاءت فيها عبارة الإجازة أو الإقرار، والمادة 1311 التي تتناول إجازة الـشخص بعد بلوغه سن الرشد، لتصرف كان قد أجراه، وهو ناقص الأهلية".[1]

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري استعمل لفظ الإجازة، بدلا من كلمة الإقرار:

ومما يلاحظ كذلك أنّ المشرع الجزائري، أخلط بين لفظي الإجازة والإقـرار، حيـث أورد لفظ الإجازة بدلا من كلمة الإقرار، في بعض المواد ومنها:

- المادة 77: تتكلم عن تعاقد الشخص مع نفسه، إذا أجاز الأصيل العقد.
- المادة 152 قواعد الوكالة تسري إذا أجاز رب العمل، ما قام به الفضولي.
- المادة 412: صحة بيع النائب لنفسه، إذا أجازه من تم البيع لحسابه.

إذن يوجد بين الإجازة، والإقرار، والإذن فروقا جوهرية، فكثيرا مـا يخلـط بينـهم المشرع، إذ مرات يستعملها كمترادفات، ومرات يستعمل أحدهما بدلا من الآخر، أما بالنسبة إلى الفقه الإسلامي، فإنّ هذه المسألة لا تثار باعتبارها لا تمثل إشكالا.

المطلب الثالث: شروط صحة إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

الفرع الأول: شروط صحة إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي

يشترط لصحة إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي، قيام كل عناصر التـصرف، ويلاحظ أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية، يدرسون شروط صحة إجازة تصرف الفضولي، بمناسبة حديثهم عن عقد البيع، الذي يجريه الفضولي، باعتباره القاعدة العامة، التي يصلح تعميم سـائر العقود والتصرفات الموقوفة الأخرى عليها.

1. سعيد محمد جعفور، الإجازة، مرجع سابق، ص 63.

وعليه يشترط لصحة إجازة تصرف الفضولي، قيام كل عناصر التصرف، بحيث إنّ المتتبـع لأراء فقهاء الشريعة الإسلامية سواء القدامى منهم، أو المحدثين، يجد أنه يكاد يحصل الإجمـاع على شروط معينة، وهذه الشروط التي اهتدينا إليها، بعد تدقيق وتمحيص هي كالتالي:

- أن تكون الإجازة صادرة ممن له ولاية إنشاء هذا التصرف.
- أن تصدر الإجازة حال بقاء محل العقد.
- أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي، أو مع من تعامل معه.
- أن يكون محل العقد باقيا، وقت صدور الإجازة.

الشرط الأول: أن تصدر الإجازة حال حياة الفضولي، وحياة من تعامل مع الفضولي

وعليه يجب أن تصدر الإجازة، من المالك الأصلي فيها شرعا أثناء حيـاة المتعاقـدين، الفضولي ومن تعامل معه، وذلك حتى ينشأ العقد ويرتب حقوقا وينـتج أثـارا، باعتبـار أنّ الإجازة: " تصرف في العقد بالإبقاء، فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين".[1]

أ. أن تصدر حال حياة الفضولي: وبالتالي ينقلب الفضولي وكيلا، فإذا باع الفضولي ملك الغير ثم أجازه صاحب الملك، فيلزم – الوكيل- الفضولي أن يسلم المبيع إلى المشتري، وأن يطالبـه بالثمن، فإذا مات الفضولي قبل الإجازة بطل العقد، ولا يحق بعد ذلك للمالك، أن يجيزه لعدم وجود من تلحقه تلك الحقوق.[2]

هذه في عقود المعاوضات، أما في غيرها من العقود، التي لا يرجع فيها شيء من حقوقها إلى الفضولي، مثل عقد الزواج، ففي هذه الحالة لا معنى لوجود موت الفـضولي، لأنّ مهمتـه تنتهي بانتهاء عبارته، فإذا زوج الفضولي امرأة ومات، كان للزوجة أن تجيز هذا العقـد بعـد وفاته، ويصير نافذا ويلزمها.[3]

1.ابن الهمام ، فتح القدير، سبق ذكره، ج5، ص 311.
2 .الكساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص151
3 .المرجع نفسه، نفس الموضع ص 152.

ب: أن تصدر حال حياة المتعاقد مع الفضولي:

هذا حتى يظهر نفاذها في حقه " فيطالب بما أوجبته له من حق، ويطالب بما أوجبته عليه من واجب".[1] وعليه لا تصح إجازة بيع الفضولي بعد وفاة المشتري، لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن.

والحقيقة أنّ هذا الشرط لا يكون له محل إذا اعتبرنا أنّ الإجازة تصرف كاشف، وإ ـا تعطي للعقد الموقوف فاعليته، فينتج آثاره منذ لحظة انعقاده، ولكن بعض الفقهاء ينظـرون إلى الإجازة على أنها تصرف كاشف من وجه، وتصرف منشئ من وجه، ومن ثمة وجـب قيـام الأطراف الثلاثة، وقت صدور التصرف ووقت صدور الإجازة، وهذه نظرة شكلية يضيق معها نطاق التعامل".[2]

في الأخير نستنتج أنّ هذا الشرط سيف ذو حدين:

أولا: يجب أن تصدر الإجازة ضمن حياة الفضولي حتى يصبح وكيلا.

ثانيا: يجب أن تصدر كذلك حين حياة المتعاقد معه، حتى يظهر نفاذها في حقه، فيطالب بمـا أوجبته له من حق.

الشرط الثاني: أن تصدر الإجازة حال بقاء محل العقد

ضرورة هذا الشرط تكمن في أن يظهر أثر الإجازة في المحل، والتي من خلالهـا يـصبح العقد نافذا، أي يرتب أثارا فإذا كان المحل قد هلك، فإنّ العقد يبطل، ولا تصححه الإجازة.

وعليه فمحل الالتزام يكون الشيء المبيع، و أما أن يكون هو الثمن، فـاختلف فقهـاء الشريعة الإسلامية، وميزوا بين 4 حالات:[3]

1.علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سبق ذكره، ص294

2. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، سبق ذكره، ج4، ص 292، وما بعدها.

3. فيما تعلق ببقاء المحل على حالته وقت العقد، وهلاك المحل، وتغير المحل، والشك في وجود المحل أو عدمه.

الشيء المبيع: في عقد البيع يشترط وجود المبيع عند الإجازة، لأنّ الملك لم ينتقل بعد من البائع إلى المشتري، وإنما ينتقل بعد الإجازة".[1]

فإذا هلك الشيء المبيع، بطل العقد بالكلية لزوال محله، لأنّ الملك لا يمكن انتقاله بعد هلاك المعقود عليه"، أما إذا تغير المحل، بحيث أصبح يعد شيء آخر، وأجاز المالك البيع، كأن يكون برتقالا ثم حوله المشتري عصيرا، وبعدها أجاز المالك البيع فهنا اختلف الفقهاء.[2]

الثمن إذا كان دينا أو عينا: فقد يكون الثمن عينا، كما يمكن أن يكون دينا.

أ. إذا كان دينا: فعند غالبية الفقهاء، عدم اشتراط بقائه في يد البائع وقت صدور الإجازة، لأنّ الدين لا يتعين بتعين، وعليه إذا أجاز المالك العقد انتقل إليه الثمن الذي يكون أمانة في يد الفضولي، باعتباره يصبح وكيلا عنه.

" إذا كان الثّمن دينا، فإنّ العاقد يكون بائعا من كل وجه، ولا يكون مشتري لفسخه أصلا، فيتوقف على إجازة المالك، فإذا أجاز، كان مجيزا للعقد فكان بدله له". [3]

ب. أما إذا كان الثمن عينا: يشترط بقاؤه، وفي هذه الحالة يعتبر الفضولي، المالك للمبيع، وإذا هلك يهلك عليه، وتكون إجازة المالك إجازة نقد، لا إجازة عقد، وبالتالي يرد المبيع إذا كان مثليا، و قيميا إذا كان ذا قيمة".[4]

الشرط الثالث: أن يكون لتصرف الفضولي مجيز عند صدوره : حيث يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية، أن تكون الإجازة ممن له ولاية إنشاء هذا التصرف – أثناء صدور التصرف- وممن كان يملك ولاية مباشرة التصرف، من مالك، أو ولي، أو وصي ولو لم يجز التصرف، حال صدوره.

1.علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، د ت ط، ص 294

2.ذهب أبو يوسف إلى القول بصحة العقد ونفاذه بعد إجازة المالك، وذهب زفر إلى بطلان العقد وعدم ورود الإجازة عليه.

3.الكساني ، بدائع الصنائع، سبق ذكره، ج5، ص 151.

4. المرجع نفسه ونفس الموضع.

" فانعدام من يملك إجازة التصرف، الذي أجراه الفضولي كان العقد باطلا، فلا تلحقه الإجازة" فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الإجازة".[1]

الشرط الرابع: أن تكون الإجازة صادرة ممن له ولاية إنشاء هذا التصرف، أو بقاء المجيز وقت الإجازة.

فنقول إذا باع فضولي مال صغير له وصي، فأجاز القاضي هذا البيع، لم ينفذ ولم تصح إجازته، إذ ليس له ولاية إنشائه، ولكن لو أجاز الوصي، نفذ البيع لأنّ له ولاية إنشائه [2] وقد انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص هذا الشرط إلى فريقين، أحدهما يشترط صدور الإجازة ممن له ولاية إنشاء العقد نفسه، وفريق آخر يرى عدم ذلك.

وجوب صدور الإجازة ممن يملك ولاية إنشاء العقد

إذا باع الفضولي ملك غيره، انعقد البيع موقوفا على إجازة المالك، فيجب أن تصدر الإجازة من المالك نفسه أو ممثله، فإذا مات المالك قبل صدور الإجازة بطل التصرف، ولا ينتقل حق الإجازة إلى الورثة لأنّ من شروط الإجازة، قيام صاحب الشيء المباع.[3]

عدم اشتراط بقاء المجيز لحين الإجازة

فقد ذهب المالكية،[4] والشافعية،[5] والحنابلة،[6] إلى الاكتفاء بالشروط السابقة، أما هذا الشرط الأخير، فلم يهتموا به باعتبار أنّ موت المالك، أو صاحب الحق في الإجازة، لا يؤثر في بقاء العقد الصادر من الفضولي موقوفا، وأنّ الوارث يقوم مقام مورثه، لأنّ الإجازة حق متعلق بالتركة التي تنتقل من المورث إلى ورثته.[7]

---

1. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، سبق ذكره، ج4، ص192.
2. محمد جبير الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص 96.
3. محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ص153.
4. الحطاب، مواهب الجليل، مرجع السابق، ج4، ص294. القرافي، الفروق رجع سابق، ج3 ص283.
5. النووي، المجموع ج9، ص211، وكذا الشيرازي، المهذب، ج1، ص 266.
6. ابن قدامة، المغني، ج4، ص205.
7. سيأتي الكلام عنها في موضعها.

وعليه يبدوا أنّ الرأي الثاني أولى واهم، باعتباره لا يفوت الفرصة على ورثة صـاحب الشأن – المالك-.

ولعل سبب اختلاف الفقهاء في ذلك، هو في مسألة إمكان انتقال حـق الإجـازة إلى الوارث، و عدم إمكان انتقاله إليه.

فالقائلون بالنفي ينظرون إلى أنّ من شروط الإجازة، بقاء من يملك مباشرة العقـد إلى حين الإجازة.

أما القائلون بالجواز، فقد أهملوا ا هذا الشرط، واستبعدوه.

أما مجلة الأحكام العدلية فقد نصت في المادة 378 منها على أنه: " يـشترط لـصحة الإجازة، أن يكون كل من البائع، والمشتري، وا يز،والمبيع قائما، فإذا كان أحد المـذكورين هالك لا تصح الإجازة".[1]

في الحقيقة نفس الشروط التي ذكرناها في الفقه الإسلامي، هي التي اعتمد ا ا لة، و ذا نجد ا لة تقنن ما سبق إلى دراسته فقهاء الشريعة الإسلامية، من دراسة لأحكام هذه المسائل

الفرع الثاني: شروط صحة إجازة تصرف الفضولي في القانون المدني الجزائري

لم يضع التقنين المدني الجزائري وفقهه، شروطا خاصة بذلك، ولم يتكلما عـن هـذه الشروط، إذ لا محل للحديث عنه أصلا باعتبار أنّ بيع الفضولي أو تصرفه، يقابله بيع ملك الغير في التقنين المدني الجزائري، فهو قابلا للإبطال بنص خاص فيه، لأنه يصدر مـن غـير المالـك الحقيقي للمبيع.

لكن للأسف لم يشر المشرع الجزائري إلى شروط صحة الإجازة ضمن نصوصه، حيث جاءت المادة 100 ق، م، ج خالية من ذكر هذه الشروط، وكل ما فيها أنها تطرقت إلى أنواع الإجازة وأثرها.

وقد نفهم لماذا تجنب المشرع الجزائري الخوض في تلك الشروط، أو في النقاش الـدائر حول المقصود من وضع تلك الشروط.

1.المادة 378، مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، در الحكام، سبق ذكره، ج1، ص342، ص347.

ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة، وبالاستقراء للنصوص القانونية كالمادة 1338 مـن القانون الفرنسي،[1] وكذا من طبيعة الإجازة لم يكن أمام فقهاء القانون أي عائق مـن تحديـد لتلك الشروط.

"غير أنّ طبيعة الإجازة كتصرف قانوني، تجعل المرء يستخلص منها تلك الشروط دون صعوبة، و مع ذلك فإننا نجد أنّ المادة 1338 ق، م الفرنسي، قد ذكرت شـروط الإجـازة بصريح النص، وقد احتذى حذوها، قانون الموجبات والعقود اللبناني، بما ذهب إليه القـانون المدني الفرنسي، فنص في المادة 2/236 على ما يلي:

" إنّ التأييد الصريح لا يكون ذا مفعول إلا إذا كانت وثيقة التأييد تتضمن جوهر العقد والعيب الذي كان فيه، ومشيئة العدول عن دعوى البطلان ".[2]

وانطلاقا مما سبق ذكره، يمكن تحديد شروط الإجازة، وذلك بتقـسيمها إلى قـسمين شروط شكلية، وأخرى موضوعية.

فالشروط الشكلية، بالنسبة إلى الإجازة لم يشترط المشرع الجزائري، أو التقنين المـدني، شكلا خاصا ا حيث يمكن لها، أن تظهر في شكل شفويا كان أو كتابيا، وإن كانت الإجازة الشفوية يصعب إثبا ا.

أما الشروط الموضوعية الخاصة بالإجازة نوردها فيما يلي:

يجب أن نكون أمام عقدا قابلا للإبطال، في حق من تقرر الإبطال لمـصلحته، إعمـالا لحكم المادة 100 من القانون المدني الجزائري، وأما إذا كنا بصدد عقد باطلا بطلانا مطلقا، فإنّ الإجازة لا تلحقه.

إنّ نص المادة 102 صريح، ويبين موقف المشرع الجزائري، من استبعاد العقد الباطـل عن أطر، أو مقام الإجازة " **لا يزول البطلان المطلق بالإجازة**" وعليه فالعقد الباطـل يظـل

1.التي تناولت الإجازة نجدها استعملت في مستهلها الصياغة الآتية " وثيقة إجازة أو إقرار الالتزام الذي يقبل القانون رفع دعوى طلب إبطاله"

. La confirmation eu porte la renonciation aux moyens est excep. … Tuons quel éon pouvai poses contée cat. acte

2.محمد سعيد جعفور، إجازة العقد في القانون المدني، والفقه الإسلامي، دار هومة، 1997 ص 56

متمسكا بهذا الوصف، حتى ولو أجيز ممن قام به سبب البطلان. نستنتج أنه وقع إجماع على أنّ العقد الباطل، لا تلحقه الإجازة.

يجب كذلك أن تكون إرادة المجيز خالية من عيوب الإرادة.[1] مع بلوغه سن الرشد بمعـنى : يجب أن يكون أهلا لمباشرة الإجازة، وسليم الإرادة وقت صدورها، فإنّ إبرام المشتري لعقـد بيع ملك الغير، وعلّم بعده بعدم ملكية المشتري للمبيع، واختار عدم المطالبـة بإبطـال البيـع ،وكان سليم الإرادة، سقط حقه بهذه الإجازة.

ويجب أن يكون المشتري الذي تقرر الإبطال لمصلحته، على علم بملكيته للغير ورغـب في تأكيد صحته، أي أن يعلم بأنّ له الحق في طلب إبطال العقد، ومع ذلك اختار الإجازة، مـع اشتراط اتجاه إرادته إلى تثبيت العقد بصفة نهائية، وانصرافها عن التمسك بإبطاله".

1.المواد 81، 90 ق م ج

المبحث الرابع: التعبير عن الإجازة ومحققاتها في الفقه الإسلامي والقانون المدني

إنّ العاقد إذا قام بعقد فكل ما سيصدر عنه، من قول، أو كتابة، أو إشارة، أو فعل، أو كل ما يصدر عنه من أحد هذه الصيغ هي في الحقيقة تعبير عن إرادة المتصرف، والتي نسميها الإجازة، ولما كانت هذه الأخيرة تصرف إرادي، فطرق التعبير عنها مختلفة، وبالتالي التعبير عن الإجازة يختلف باختلاف طرق التعبير عنها.

" ثم إنّ الرضى، أمر باطني لا يمكن الوقوف عليه إلا إذا صدر تعبير عنه، ويتم هذا التعبير بما يدل على الرضى في عرف المتعاقدين، من فعل، أو كتابة، أو إشارة".[1]

و سأتناول في هذا المبحث محققات الإجازة في كل من الفقه الإسلامي، والقانون المدني، وطرق التعبير عنها، وذلك من خلال هذه المطالب التالية

المطلب الأول: محققات الإجازة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: محققات الإجازة في القانون المدني.

المطلب الثالث: آثار إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

---

1. سعيد جعفور، الإجازة، المرجع السابق، ص 174.

المطلب الأول: محققات الإجازة في الفقه الإسلامي

قد تناول فقهاء الشريعة الإسلامية موضوع صور التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي في معرض حديثهم وكلامهم عن عقد البيع بحيث يعتبرونه القاعدة العامة للعقود والتصرفات عندهم، والإجازة عند هؤلاء الفقهاء تكون صريحة وضمنية

الفرع الأول: الإجازة الصريحة

هو ذلك التعبير الذي يدل على الإجازة، دون أن يتجه إلى احتمال معنى آخر، وفي الفقه الإسلامي، يتم عن طريق اللفظ، والكتابة، والإشارة.

أ.اللفظ: الكلام هو الوسيلة الأصيلة للتعبير عن الإرادة، وأداة رئيسية لتبادل الفكر، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين كون الإجازة لا تتحقق، إلا إذا كانت باللفظ، أما غيرها من الطرق الأخرى لا تكفي لتحقق الإجازة.

لكن أكثر الفقهاء لا يشترطون أن تكون الإجازة باللفظ خاصة، فقد يمكن أن تكون بكل تعبير إرادي، يدل على الرضا.

والإجازة باللفظ يختص ا الناطق، وقد تكون صريحة، كقوله: أجزت البيع، أو قبلته أو رضيت به، كما يمكن أن تكون ضمنية، مثل أن يطلب المالك الثمن من المشتري.[1]

وصورة الإجازة التي تتم باللفظ، كأن يقول من ثبت له حق الإجازة " أجزت العقد" أو رضيت بالتصرف، أو قبلت التصرف.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 303 على أن: " الإجازة القولية، كل لفظ يدل على الرضى بلزوم البيع، كأجزت ورضيت"

وعليه فإنّ الفقه الإسلامي، يرجح الصيغة العامة التي تدل على الرضى، وهي صيغة الماض نحو تعبت، اشتريت، أجزت، أو ما كان في معناها، حيث لا يشترط في التعبير عن الإرادة صيغة معينة أو لفظا معينا، بحيث يجوز بكل لفظ أن يؤدي المعنى، ويدل على الرضا انطلاقا من القاعدة المعروفة " العبرة بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني".

1.ابن نجيم، البحر الرائق، سبق ذكره، ج6، ص161.

" إنّ القصد روح العقد، ومصححه، ومبطله فاعتبار القصود في العقود، أولى من اعتبار الألفاظ ".[1]

أما ألفاظ الكنايات فلا بد أن تستند إلى قرائن، حتى يتم الفصل بينهما، وبـين اللفـظ الذي يؤدي معنى الإجازة، واللفظ الذي يؤدي معنى غير معناها، بمعنى هناك ألفاظ تدل علـى الجد، وأخرى على الهزل، وهنا يتحقق بوجود قرائن تدل على ذلك.

ب. الكتابة[2] كما رأينا أنّ الإجازة يمكن أن تكون باللفظ، يمكن كذلك أن تكون بالكتابـة باعتبارها أدق، وتفضله في الثبات والضبط،[3] ويمكن التعبير عليها سواء بالنسبة إلى الحاضـر أو الغائب، لأنّ المهم في الإجازة هو تحقق الرضى، بغض النظر عن طبيعته.

فالإجازة بالكتابة م أكثر من لا يستطيع النطق، لأنّ في هذه الوضعية، الكتابة أقـوى دلالة من الإشارة.

وعليه ينبغي أن تكون الكتابة تدل على معنى الإجازة، ولكن علقت على محض رغبـة من ثبت له حق الإجازة، فإنه لا يعتد ا.

1.ابن قيم الجوزية، م س ج1، ص 82.

2.الكتابة على ثلاث أنواع في الفقه الإسلامي:

- **الكتابة غير مستبينة:** هي ما ليس لها بقاء عند الانتهاء منها الكتابة في الهواء، إذ لا يستطاع قراء ا ولا يفهم المراد منها لكن الراجح في الفقه الإسلامي عدم اعتبار هذه مثل الكتابة.

- **الكتابة المستبينة:** هي التي يكون لها بقاء بعد الفراغ منها، ويستطاع قراء ا كالكتابة على الورق، وهذا النوع من الكتابة يصلح كأداة للتعاقد بين الغائبين، انظر الدسوقي الشرح الكبير، ج3، ص 3، النووي، ا موع، ج9، ص177.

ومن الفقهاء من منع هذا النوع لما يمكن للمتعاقد أن يوكل من يبيعه بالقول.انظر النووي، ا موع ج9، ص171.

- **الكتابة المرسومة:** هي ما كانت على وجه الرسالة كأن يكتب المالك للفضولي أو إلى المشتري منه كقوله أجزت بيع ذلك باعتباره نوع يعبر عن الإرادة الظاهرة فكأن الذي كتب ذلك يخاطب في الحضرة، أو راسل رسولا يبلغ عنه ما يريد، انظر الكاساني، بدائع الصنائع، سبق ذكره،ج 3، ص 109 .

3.ابن عابدين، رد المحتار، سبق ذكره،ج4، ص327.

ولما كانت الإجازة، لا تتوقف على علم الطرف الآخر ا ورضاه، فلا يشترط وصول الكتابة أو الرسالة إلى من وجهت إليه، بل إنّ الكتابة تنتج أثرها، فور كتابة العبارة التي تفيـد الإجازة.[1]

و ـذا نقول أنّ الكتابة شيء مهم وأساسي، وهي طريقة للتعبير الصريح عن الإجـازة، في الفقه الإسلامي.

ج. التعبير عن الإرادة بالإشارة: فالإشارة كغيرها وسيلة من الوسائل، التي يمكن التعبير ـا عن الإرادة، وعليه سأبين أنّ الإشارة كما تكون من الأخرس، تكون من غير الأخرس.

إشارة الأخرس: " إشارة الأخرس وكتابته...كالنطق للضرورة، لأنّ ذلك يدل علـى مـا في فؤاده، كما يدل عليه النطق".[2]

وعليه نجد إجماع فقهاء الشرع على اعتبار إشارة الأخرس، الوسيلة الأصلية للتعبير عن رضاه، بشرط أن تكون تلك الإشارة مفهومة" فيجوز بيع الأخرس، وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة في ذلك، قامت الإشارة مقام عبارته".[3]

أما مجلة الأحكام العدلية نصت في المادة 70، على ما يلـي: " إنّ الإشـارة المعهـودة للأخرس كالبين بالسان".

إشارة غير الأخرس:

لم يحص الإجماع، في هذه المسألة بين الفقهاء، حول الاعتداد بإشارة القادر على النطق وعليه، يمكن بيان آرائهم في هذه المسألة، فذهب رأي إلى عدم جواز ذلك، ورأي آخر ذهـب عكس ذلك.

1. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل، سبق ذكره، ج1، ص327.
2. الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، سبق ذكره، ج4، ص 88.
3. بدائع الصنائع، الكاساني ، سبق ذكره.ج5، ص135، الحطاب مواهب الجليل، سبق ذكره ج 3، ص422.

الرأي الأول: فالحنفية،[1] والشافعية، لا يعتدون بالإشارة الصادرة من القادر على النطق، لأنّ الإشارة لا تفيد اليقين الذي يفيده اللفظ، فمادام الشخص قادرا على النطق، فلا محل لاستعمال الإشارة لأنها لا تحل محله، ولأنّ العبارة هي الأصل.

الرأي الثاني: يمثله المالكية والحنابلة،[2] فالأمر عندهم سيان، بين اللفظ والإشـارة، ولا فـرق بينهما، واعتبروا أنّ: " كل لفظ أو إشارة يفهم منها الإيجاب والقبول، لزم به البيـع وسـائر العقود".

وعليه يمكن قبول اعتبار الرأي الثاني ا يز للقادر على النطق، إجازة التصرف بالإشارة، وذلك لما يلي:

قوله تعالى: قال رب أجعل لي آية، قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمـزا" ،[3]

يعني لا تكلمهم إلا بالإشارة بدلا من الألفاظ، فسميت الإشارة (الرمز) كلاما.

ولأهمية التعامل اليومي بين الناس، أصبحت الإشارة من ضمن الوسائل التي يتعامل ا، فتعارفوا على قبول إشارة مستطيع النطق، في إجازة التصرف، وعليه يمكن إرجاعهـا إلى مـا تعارف عليه القوم.

الفرع الثاني: الإجازة الضمنية

ما هي طبيعة الإجازة الضمنية في الفقه الإسلامي؟

الإجازة الضمنية

---

1 ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص 13، السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 188 إذا كانت القاعدة في المذهب الحنفي هي عدم اعتبار الإشارة وسيلة للتعبير عن الإجازة فإن هناك رأيا يخالف هذا من كبار هذا المذهب، والإشارة متى تعلقت ا العبارة نزلت م لة الكلام لحصول وضع الكلام ا وهو الإعلام والدليل عليه العرف" انظر الكاساني بدائع الصنائع، ج 3، ص 110.

2. الحطاب مواهب الجليل، ج3، ص 422، وكذا الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير ج 3، ص 3.

3. سورة آل عمران ،آية رقم 41.

كما رأينا أن التعبير عن الإجازة يكون صريحا، كذلك يمكن أن يكون ضمنيا، وذلك بالفعل الدال عليها بحيث يقوم به المجيز، ليقصد العدول عن التمسك بحقه في فسخ العقد، والتعبير بالفعل قد يكون صريحا، كما لو سلم المالك المبيع إلى المشتري، أو أخذ منه الثمن، وقد يكون ضمنيا، كما لو وهب المالك الثمن للمشتري.

[1]قال ابن نجيم" الإجازة لبيع الفضولي تكون بالفعل وبالقول، فمن الأول تسليم المبيع وكذا أخذ الثمن، ومن الثاني طلب الثمن".[2]

السكوت: هل يعتبر السكوت دليلا على الإجازة؟ المعروف في الفقه الإسلامي " أنه لا ينسب إلى ساكت قول".[3]

فسكوت من له حق إجازة العقد، لم يعبر عن إرادته الكاملة في إجازة العقد ورفضه، وقد توجد قرائن تقترن بالسكوت، تجعل دلالته تنصرف إلى الرضا، فهل حينئذ يعتبر سكوته إجازة؟.

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى رأيين رأي أول يمثله المالكية، ورأي ثان يمثله، الحنفية والشافعية والحنابلة.

رأي المالكية: يعتبرون السكوت من المالك الأصلي في الإجازة، قد يكون إجازة مع التمييز بين حالتين، فيما يخص تصرف الفضولي.

أ. الحالة الأولى: حضور المالك أثناء العقد: قال الحطاب: " قال: ابن رشد إن كان حاضرا الصفقة فسكت، حتى انقضى المجلس، لزمه البيع وكان له الثمن". [4]

إذن في حالة حضور العقد يفسر سكوته على أنه رضا، وبالتالي له حق الإجازة.

1." الدلالة على الرضا يكفي فيها الفعل لأنه يدل على الرضا في كثير من الأمور دلالة عرضية"، انظر الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص 228.

2. ابن نجيم ، البحر الرائق، ج6، ص 161، ويستحسن الرجوع إلى هذا الموضوع في كل ابن عابدين البدائع ج4، ص 595 ، والمادة 304 من مجلة الأحكام العدلية " الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضى..."

3.السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، متوفي 911هـ، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1403، ص 142. وهو قول الشافعي.

4. الحطاب ، مواهب الجليل، ج4، ص 271.

الحالة الثانية: حالة إبرام العقد بدون حضور المالك.

وعليه إذا تم العقد بدون حضور المالك، وبدون علمه، يكون مخيرا بين الإمضاء وأخـذ ثمنه، أو الفسخ، ولا يهم السكوت، وإذا تم العقد، ولكنه مع علم بذلك فسكت، تعطى له مدة عام، وهو مخير بين فسخ وإمضاء الإجازة، فإذا لم يفعل يعتبر سكوته إجازة.[1]

الرأي الثاني: المتمثل في قول الحنفية،[2] والشافعية،[3] والحنابلة.[4] فالسكوت عند هؤلاء الفقهاء لا يدل على الرضى، وبالتالي ليس دليلا على الإجازة.

ولكن نجد بعض الاستثناءات عند بعض فقهاء المذاهب المذكورة بحيث يعتبرون سكوت المالك إجازة للعقد في بعض الحالات، انطلاقا من وجود ملابسات، وظروف من طبيعتها تدل على أنه رضي، كالعرف، كالامتناع عن الوقوع في الضرر، والاندفاع لجلب للمصلحة.

وعليه يعتبر السكوت – المالك- إجازة لتصرف الفضولي، إذا كان الفضولي يتـصرف بمرأى ومسمع من المالك، دون أن ينكر عليه ذلك.

وخلاصة القول أنّ الفقه الإسلامي، كمبدأ عام لا يعتبر سكوت المالك دليلا على الرضا - الإجازة - بتصرف الفضولي استنادا للقاعدة المذكورة آنفا "لا ينسب إلى ساكت قول".[5]

غير أنه استثناء من المبدأ العام، قبل الفقه الإسلامي السكوت كدليل على الرضـا، إذ كان هناك ملابسات وظروف محيطة، وكان يصاحبه ما يدل على رضاء صاحبه، أو كـان في عدم اعتباره إجازة، ضرر يلحق بالغير.

وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة 67 منها على ما وصل إليه الفقه الإسـلامي بقولها: " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان".

المطلب الثاني: محققات الإجازة في القانون المدني

1.ا نظر: الحطاب، المرجع نفسه، ج4 ص 271. الدردير: شرح الكبير، سبق ذكره، ج3، ص 12.

2. السرخسي، المبسوط، سبق ذكره، ج 30 ص 140.

3.النووي، ا ـموع شرح المهذب، ج9، ص 264.

4.ابن قدامة، المغني، ج4، ص 206.

5. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 145، وابن القيم، إعلام الموقعين، ج1، ص 218.

لمّا كانت الإجازة تصرف إرادي، لا يمكن التعرف عليها إلا عن طريق التعبير عنها، ولا يوجد شكل خاص، أو صورة معينة للدلالة عليها، للقاعدة المعروفة " العبرة في التصرفات بالمقاصد والمعاني، لا بالألفاظ والمباني"، وعليه فالتعبير يكون إما صريحا أو ضمنيا، وعليه ما هي محققات الإجازة في فقه القانون المدني الجزائري؟ أو ما المقصود بالإجازة الصريحة، والإجازة الضمنية في القانون المدني الجزائري؟ وهل يوجد صور أخرى للإجازة؟

الفرع الأول: التعبير الصريح

الإجازة الصريحة هي التي تنتج من تعبير صريح عن الإرادة، وتتضح منه نية الشخص في العدول، عن التمسك بالإبطال.

وإذا رجعنا إلى التقنين المدني الجزائري، في الفقرة الأولى من المادة 60، التي تتحدث عن طرق التعبير عن الإرادة، الذي يكون باللفظ، وبالكتابة، وبالإشارة، المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف، لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.[1]

نستنتج أنّ أي تعبير يصدر من طرف من ثبت له حق الإجازة، وتتضح نيته أنها سائرة في اتجاه إجازة العقد، من غير غموض يصح أن يكون مع الإجازة الصريحة.

وعليه فالإجازة الصريحة، انطلاقا من نص المادة المذكور تتحقق بإحدى الأمور التالية، اللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة.

أ.اللفظ: اللفظ يعتبر من أهم محققات الإجازة، وذلك بأن يكون معنى اللفظ تنطوي عليه الاجازة بحيث لم يشترط المشرع الجزائري أي لفظ، أو عبارة معينة، وعليه فكل لفظ يحمل معنى الإجازة، يصلح لتحقيق الهدف.

ب. الكتابة: لا أحد يمكن أن ينكر الدور الإيجابي للكتابة في التعبير عن الإرادة، وخاصة في هذا العصر، ولا يوجد شكل معين أو بيانات معينة، اشترطها المشرع الجزائري، سواء كانت كتابة رسمية، أو عرفية لا يهم، المهم أن تظهر نية ا يز عن طريق هذه الكتابة، بأي طريق كانت.

ج. الإشارة:

كمثل هز الرأس عموديا، فهي إشارة على الموافقة، وهزه أفقيا علامة على الرفض، و في الغالب أنّ الإشارة هي طريق للتعبير عن إرادة الأخرس.

1. القانون المدني الجزائري، وزارة العدل المادة 60، ص 13

لكن قد تكون مشتركة بين الأخرس وغيره، باعتبارها وسيلة للتعبير عن إرادة ا يز في إجازة العقد.[1]

وعليه ينبغي أن تكون هذه الإشارة، متداولة عرفا في بيئته الاجتماعية، حـتى يعـرف المقصود منها تأدية تدل على المعنى الصريح للإرادة.

من خلال ما سبق ذكره نقول، إنّ الإجازة الصريحة كما تقدم، لا تشترط أي شـرط شكلي، وإنما يتم إثبا ا وفقا للقواعد العامة في الإثبات التي نص عليها المشرع الجزائـري، في أحكام الإثبات في الباب السادس، من الكتاب الثاني، من التقنين المدني في المواد 323 إلى 350 تحت عنوان إثبات الالتزام.[2] التي تؤكد بأنّ عبئ إثبات الإجازة، يقع على من يدعي وجودها، وهو الطرف الغير ا يز، باعتبار أنّ عدم إجازة العقد هو الأصل، وعلى من يدعى خلاف ذلك يقع عليه عبئ إثبات ذلك. وعليه ينبغي لمن يدعي الإجازة، أن يقيم الدليل على ما يدعيه بكافة طرق الإثبات، كحالة وجود دليل كتابي، أو حالة عدم وجود دليل كتابي .

الفرع الثاني: التعبير الضمني عن الإرادة في القانون المدني الجزائري

تتحقق الإجازة بالتعبير الصريح عنها، وهذا ما سبق بيانه كما يمكن أن تتحقق بالتعبير الضمني، إذا تخلف التعبير الصريح لسبب من الأسباب، وعليه ما المقصود بالإجازة الضمنية ؟، وما هي صورها، وكيف يمكن إثبا ا، في القانون المدني الجزائري؟

1.لم يكن المشرع الجزائري في نص المادة السالفة الذكر التي تقابل 1/90 من القانون المدني المصري: " التعبير عن أفراده يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا" على غرار المشرع السوداني في نص المادة 74: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الخرس" فابعد بذلك كل لبس وقطع دابر الشك في أن الإشارة كوسيلة من وسائل التعبير عن الإجازة لا تقل أهمية بالنسبة إلى غير الأخرس.

2.قد قضت محكمة النقض المصرية بأنّ: "عبئ إثبات الإجازة إنما يقع على مدعى الإجازة"، انظر نقض مدني في 26 نوفمبر 1153 مجموعة أحكام النقض محكمة النقض السنة الخامسة رقم 28، ص 2003.

أ. المقصود بالإجازة الضمنية

طبقا لنص المادة 100 من التقنين المدني الجزائري إذا لم يعبر صراحة من لـه حـق الإبطال أو الإجازة، ومع ذلك تبنى منهجا من شأنه أو من خلاله، يستنتج منه بصورة ضمنية وأكيدة مشيئة في العدول عن التمسك بالإبطال، أو هي التي تدل عليه ظروف الحال، بشروط أن يكون هذا الدليل قاطعا في تحقيق العدول عن التمسك بحق الإبطال، ويجـب أن يكـون قطعي الدلالة، وعليه فالتأييد الضمني يستفاد من كل حالة وكل مسلك يؤخـذ منـهما أن صاحب تلك الدعوى عدل عنها، فالإجازة الضمنية بصفة عامة: يمكن أن تستفاد من كـل تصرف من شأنه، أن يدل بوضوح في مشيئة الإجازة.

وإنّ المادة 100 من التقنين المدني الجزائري اقتصرت على ذكـر وبيـان الإجـازة الضمنية، وبالمقابل لم تتطرق إلى صور هذه الإجازة، والتي يمكن أن نذكرها قياسا على مـا بينته التقنينات الأخرى في هذا المجال، ولا سيما القانون المدني الفرنسي ومن بينـها التنفيـذ الاختياري للعقد القابل للإبطال باعتباره يقع في العمل والأكثر دلالة على الإجازة الضمنية، وتكون هذه الإجازة ضمنية، إذا نفذ العقد من له الحق في التمسك بإبطاله طواعية واختيارا.

ومن صوره في هذا التنفيذ، أن يفي المدين بدينه، وإن يتسلم الدائن الثمن، والتنفيـذ الاختياري الذي تكلمنا عنه ليس هو الصورة الوحيدة، التي تدل على الإجـازة الـضمنية وبالتالي، فالتنفيذ الاختياري لا ينفي وجود صور أخرى، تدل على الإجازة الضمنية، مـثلا ممارسة صاحب الحق في دعوى إبطال الحقوق، التي أكتسبها بموجب العقد المعيب، كـذلك قيامه بتصرفات تحول دون إعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

ب. السكوت: هل يعتبر إجازة ضمنية، في القانون المدني الجزائري؟

فالسكوت هو عدم الكلام، أو الكتابة، أو هو عدم إتيان فعل، أو القيام به، كالإشارة فهل يفيد هذا السكوت التعبير عن الإرادة ولو ضمنيا؟ من خلال قاعـدة " إنّ الـسكوت رضا".

إنّ السكوت المجرد من أي سلوك، أو موقف ضمني، لا يصلح تعبيرا ضـمنيا عـن الإجازة، فما لم تمض المدة المقررة للإجازة لا يكفي مجرد سكوت المتعاقد مهما طالت مدتـه

لإظهار نيته في إجازة العقد، لأنه إذا كان التعبير الضمني عن الإجازة عمـلا إيجابيـا مـن الشخص، فإنّ السكوت موقفا سلبيا، وبالتالي لا يصح أن يكون تعبيرا ضـمنيا، لأنّ الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف تدل عليها، أما السكوت فهو عدم، وأولى بالعدم أن تكـون دلالته على رفض الإجازة، لا على قبولها.[1]

وقد يستثنى من القاعدة المعروفة " لا ينسب إلى سـاكت قـول" القاعـدة الأخـرى " السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان" ومن هنا نستنتج أنّ السكوت يعتـبر رضـا إذا أحاطت به ظروف وملابسات معينة، وهو ما يسمى بالسكوت الملابس.[2]

فالسكوت عن طلب الإبطال، إذا كان مجردا عن الملابسات التي يفهم منها الـ ول عن هذا الحق، فإنه مهما طالت مدته لا يعتبر إجازة، إلا إذا سقط الحق في طلب الإبطال بالتقادم، وهو نوع ثالث من الإجازة، والمسمى الإجازة المفترضة أو المقدرة وهو ما سنـشير إليـه في موضعه.

ج. إثبات الإجازة الضمنية

طبقا لنص المادة 323 من التقنين المدني الجزائري التي تقضي " علـى الـدائن إثبـات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه"

انطلاقا من هذا النص، تطبق القواعد العامة في الإثبات، حيث يقع على مـن يـدعى الإجازة، فيقع عبئ الإثبات على الطرف غير ا يز.

إنّ مسألة حصول الإجازة من عدمها، هي مسألة تقديرية للقاضي، وعليـه فالإجـازة الضمنية يستحيل على من يتمسك ا إتيان دليل كتابي، لأ ا تصدر من ا يز، ولـيس مـن الشخص الذي يتمسك ا وعليه فإنّ الإجازة – الضمنية- يمكن إثبا ا بكافة طرق الإثبـات، كالإقرار، واليمين، وشهادة الشهود، أو حتى القرائن.[3]

---

1 عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، سبق ذكره، ص 59.

2. السكوت الملابس: " الذي صاحبته ملابسات وظروف موضوعية يمكن في ظلها استخلاص القبول من هذا السكوت بغض النظر عن نية العاقد الساكت.

3. محمد سعيد جعفور، الإجازة بين القانون المدني والفقه الإسلامي.ص 166 .

المطلب الثالث: الإجازة المفترضة أو المقدرة

الفرع الأول: تنص المادة 1001 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه، من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط، أو تدليس، أو إكراه إذا نقضت خمس عشرة سنة، من وقت تمام العقد". [1]

وعليه يمكن القول، أنه بمرور الزمن، فيبنى على سقوط الدعوى، امتناع التمسك بعدها بقابلية العقد للإبطال.

فالإجازة المفترضة أو المقدرة هي اعتبار العقد مجازا، وذلك بسقوط الحق في الإبطال بمضي المدة.

وبالتالي يمكن القول أنّ الإجازة في القانون المدني تكون إما صريحة، وإما ضمنية، أو مفترضة، بنص تشريعي يقوم على رغبة من له الحق، نتيجة لما استقر عليه من أوضاع.

المقارنة بين الشريعة والقانون

بعد التطرق إلى موضوع محققات الإجازة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري نرى ما يلي:

- اتفاق صور الإجازة في الفقه الإسلامي مع القانون المدني الجزائري، بالنسبة إلى الإجازة الصريحة والضمنية (دلالة) أما ظهور... الناشئة....المتعلقة بالإجازة المفترضة أو المقدرة في القانون المدني الجزائري، وهي ما يقابلها في الفقه الإسلامي، حالة سقوط حق صاحب الخيار في الفسخ، أو الإجازة بمضي مدة عام.
- نلاحظ أنّ هناك اتفاق تام بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، بخصوص موضوع السكوت كأداة للتعبير عن الرضا، أو الإجازة وهذا إذا صاحب السكوت ما يدل على الرضا، بقيام قرينة تدل عليها الإجازة، أو أحاطت به ظروف وملابسات كما ذكرنا.

1.المادة 101 من القانون المدني الجزائري، ص20.

- أما بخصوص مسألة إثبات الإجازة فللفقه الإسلامي قاعدة عامة مفادها " البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر" هي جديرة بأن يقتبس منها القانون المدني، والمشرع الجزائري وفي ذلك تطابق تام.

وقد ظهر لنا بوضوح أنّ الفقه الإسلامي في جملته يقبل بسهولة ويسر، أن يعبر عن الإرادة باللفظ، وبالرسالة، والكتابة، وبالإشارة وبالتعاطي، وفي بعض الحالات بالسكوت الملابس.

وانطلاقا من هذا يعتبر غير صحيح القول الذي مفاده أنه في الفقه الإسلامي التعاقد لا يتم إلا بواسطة الألفاظ، ولكن يوجد في الفقه الإسلامي، نوع خاص من الشكلية يسمى اللفظية وهذا نتيجة لتقديس اللفظ في القدم.[1]

المطلب الرابع: أثار إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

إنّ الحديث عن آثار الإجازة، ليس بالأمر السهل، لما يستدعيه من بذل الجهد، لاستنتاج تلك الآثار من المبادئ الفقهية العامة، باعتبار أنّ الفضالة مستثناة من المبدأ العام في الفقه الإسلامي، وأنه لا توجد نظرية عامة تحكم شتات هذا الموضوع، اللهم إلا بعض المبادئ العامة المنصوص عليها في كتب الفقه.

وانطلاقا من هذا أذكر أثار الإجازة بالنسبة إلى **العقد الذي** يجريه الفضولي من جهة، ومن جهة أخرى بالنسبة إلى **شخص** الفضولي.

الفرع الأول: آثارها في الفقه الإسلامي

أ. أثر الإجازة بالنسبة إلى عقد الفضولي – الفضالة -

إذ صدر تصرف من الفضولي، ولحقته الإجازة من المالك أو الأصيل، يصبح عقد الفضولي نافذا، وعندها تترتب عليه أثارا،و اعتبار مالك الشيء المبيع، مالكا للثمن، منذ وقت إبرام العقد، لا من وقت صدور الإجازة منه.

1.محمد جبير الألفي ، الفضالة، سبق ذكره، ص 110.

اعتبار المشتري من الفضولي، مالكا للمبيع، من وقت انعقاد البيع الصادر من الفضولي، لا من وقت الإجازة الصادرة من المالك، بحيث يؤخذ بعين الاعتبار كل ما يحدث في المبيع من زيادة وكسب ونماء.[1] ،ولو كان ذلك قبل الإجازة.

نستنتج أنّ الإجازة تحرر عقد الفضولي الذي يصبح بعد صدور الإجازة مـن المالـك الأصلي نافذا ومنتجا لأثاره.

ب.أثر الإجازة بالنسبة إلى أطراف العقد: لقد جرت عادة الفقهاء، أن يفرقوا بين حكم العقد وحقوق العقد.[2]

فإذا صدرت الإجازة من مالك الشيء - صاحب الشيء- يصبح الفـضولي وكـيلا استنادا إلى القاعدة المشهورة "الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة عليه"، وإنّ الإجازة في الانتهاء بمـ لة الإذن في الابتداء.[3]

وبما أنّ في هذه الحالة تنقلب الفضالة إلى وكالة، فيثبت للمالك الحقيقي ما يثبت للوكالة السابقة، من أحكام شرعية، وتترتب على تصرف الفضولي جميع الآثار والأحكام، التي تترتب على الوكيل.

فإذا كان عقد البيع مثلا، فيمتلك المشتري المبيع، ويمتلك البائع الثمن من وقت صدور البيع من الفضولي.

وأما حقوق العقد ترجع إلى الفضولي، كما ترجع إلى الوكيل، فهو من يطالب بـالثمن ويطالب بتقديم العين المبيعة.

ومن بين آثارها كذلك أنه إذا هلك الثمن في يد الفضولي، قبل الإجازة ثم أجاز المالك الحقيقي العقد، فإنّ الفضولي لا يضمنه كما لا يضمنه الوكيل، فإذا جاز المالك صار المبيع ملكا

---

1 مثل الزيادة والنماء: لتعويض عما لحق التصرف الموقوف قبل الإجازة

2 . حكم العقد في البيع: نقل الملكية إلى المشتري، ونقل الثمن إلى البائع من المالك.

وحقوق العقد: ما يترتب عليه لطرفيه من حقوق كإلزام البائع بدفع لثمن وإلزام المشتري بدفع الثمن أو الرد إذا كان فيه عيبا، انظر محمد جبير الألفي، مرجع سابق، ص 114.

3 انظر في هذا الصد: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 399

للمشتري، والثمن مملوكا أمانة في يد الفضولي، فلو هلك لا يضمنه كالوكيل، فـإنّ الإجـازة اللاحقة بمـ لة الوكالة السابقة، حيث إنه ا أصبح تصرفه نافذا".[1]

وقد نصت على هذا كذلك مجلة الأحكام العدلية في المادة 1453 " الإجازة اللاحقـة هي في حكم الوكالة السابقة ".

وبما أنّ تصرف الفضولي عقد غريب، يجمع بين ثلاثة أشخاص، سـنتطرق إلى بيـان العلاقة بين كل طرف وآخر، وسوف يكون الكلام عن هذه العلاقات، انطلاقا من عقد البيـع كذلك.

العلاقة بين المالك والفضولي: فالعلاقة بين المالك والفضولي يمكن أن نجسدها في صورتين:

- **إضافة الفضولي العقد إلى المالك**: أجمع الفقهاء أنّ حكم العقد وحقيقته يرجع إلى المالك.[2]

- **إضافة الفضولي العقد إلى نفسه.**[3] فهنا لا خلاف بين الفقهاء في حكم العقد الذي يكـون للمالك، أما حقوق العقد فظهر اختلاف بشأ ا.

ذهب الحنفية والمالكية، إلى أنّ حقوق العقد ترجع إلى الفضولي، لأنه العاقد. والمشتري تعامل مع الفضولي لا مع المالك.

بينما ذهب الشافعية والحنابلة، إلى أنّ حقوق العقد كأحكامه.

الفضولي والمشتري:[4] نفرق بين صورتي كذلك:

- إضافة الفضولي العقد إلى المالك، فحكم العقد، وحقوقه تنصرف إلى المالك.
- إضافة الفضولي العقد إلى نفسه، هناك اختلاف بين الفقهاء.
- الحنفية، وأكثر المالكية، يكون للفضولي أن يطالب المشتري بالثمن، ويكون للمـشتري أن يطالبه بتسليم المبيع، وأن يلتزم برده إذا كان مبيعا.
- الشافعية والحنابلة: يعتبرون مهمة الفضولي انتهت بمجرد انعقاد العقد، وإنما على المشتري أن يرجع على الفضولي.

ج. العلاقة بين المالك والمشتري:[1] كذلك في هذه الصورة ينبغي التفريق بين حالتين:

---

1 ابن الهمام: فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص 55.

2. السنهوري مصادر الحق، سبق ذكره، ج5، ص207.

3 . السنهوري، المرجع نفسه، ج5، ص 210، 218 وما بعدها.

4. المرجع نفسه، ج5، ص 251.

1. **إضافة الفضولي العقد إلى المالك:** انصراف حكم العقد، وحقوقه إلى المالـك مباشـرة، ويكون هو المسؤول أمام المشتري، ويكون المشتري مسؤولا، أمام المالك مباشرة عـن دفـع الثمن.

2. **إضافة الفضولي العقد لنفسه:** يمكن للمالك في هذه الحالة، أن يطالب المـشتري بـالثمن بتوكيل من الوكيل على رأي الحنفية، أو بحكم الشروط أو العـرف، علـى رأي المالكيـة، وباعتباره أصيلا ترجع إليه حقوق العقد، على رأي الشافعية والحنابلة.

هل يمكن للمشتري أن يرجع على المالك مباشرة لمطالبته بتسليم الجميع أو ليرده إن كان معيبا و مستحقا ؟. [2]

الحنفية: يقولون برجوع المشتري على الفضولي أولا، ثم يرجع الفضولي على المالك.

المالكية: يتفقون مع الحنفية في ذلك، إلا أنهم يجيزون استثناء، أن يرجع المشتري مباشرة علـى المالك بالشرط و العرف، أو علم المشتري بالفضالة.

الشافعية والحنابلة: يجيزون رجوع المشتري على المالك، لأنّ حقوق العقد عندهم ترجع إليه.

الفرع الثاني: آثارها في القانون المدني الجزائري

آثار الإجازة في بيع ملك الغير: فبيع ملك الغير هو عقد قابل للإبطال، ولا يعتبر هـذا الأخير عقدا معدوما وإنما هو عقد قائم ومنتج لآثاره منذ إنشائه، ولكنه ينشأ معه خطر يهدده بالزوال إلى حين إجازته، أو إقراره، أو إبطاله، من طرف من له حق ذلك، لكن ما هي آثـار الإجازة في بيع ملك الغير؟

الإجازة تؤثر على العقد القابل للإبطال، بإزالة العيب الذي كان يشوبه منـذ نـشأته، فتجعل العقد مستقرا، وتزيل عنه عيب الخطر بالإبطال.

فإنّ أهم أثر للإجازة هو زوال حق العقد، في التمسك بالإبطال الذي شرع لمـصلحته، بحيث يستقر ائيا بعد أن كان الإبطال يهدده.[3]

---

1 .نفس المرجع، ج5، ص251.

2 .محمد جبير الألفي، الفضالة، ص 117/116

3 . أنور سلطان النظرية العامة للالتزام، سبق ذكره. ج1، ص270، ص271.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الأثر في المادة 100 مدني جزائري بقوله " يـزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، وتسند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقـد دون إخلالا بحقوق الغير "

إنّ للإجازة أثرا رجعيا، [1] أي: أنّ العقد يعتبر صحيحا من وقت إنشائه، لا من وقـت إجازته، والأثر الرجعي للإجازة لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين، ولا يؤثر على الحقوق الـتي اكتسبها الغير، على الشيء محل العقد.

ولا أثر للإجازة على حقوق المالك في بيع ملك الغير، فالبائع لا يسري في حقه بـأي حال من الأحوال.[2]

ومن جهة أخرى يرى فقهاء آخرون، [3] أنّ الحديث عن الأثر الرجعي للإجـازة، فيـه معارضة لطبيعة العقد القابل للإبطال، لأنّ العقد القابل للإبطال، عقد صحيح منـتج لآثـاره القانونية منذ نشوئه، وليس الإجازة سوى نزول عن حق إبطال العقد، وإزالة للعيـب الـذي شابه، وأهم أثر لها هو استقرار العقد فقط.

فالإجازة لا تنشئ وضعا جديدا، يمكن أن يرتد أثره إلى وقت نشؤ العقد، وإنما الإبطال هو الذي يكون له اثر رجعي، لأنه يزيل الآثار التي رتبت من قبل.

أما بخصوص عبارة " دون إخلال بحقوق الغير " الواردة في نص المادة 100 ق، م، ج يعني: أنّ الإجازة لا تمس حقوقهم التي أنشأت بالإجازة، و الحقوق الأصلية كما في بيع ملـك الغير، وذلك أيضا بإعطائهم حق الرجوع على ا يز عن الأضرار التي سببها لهم، بإجازة العقد القابل للإبطال، لأنّ الإجازة تعتبر إخلالا بالتزام ا يز إزاء الغير، بضمان تعرضه الشخصي.

---

1 عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ،مرجع سابق، بند 318 ج1، ص 518 ، أنور سلطان ، النظرية العامة للإلتزام، سبق ذكره، ج1، ص270. محمد حسنين، عقد البيع، ص 192.

2 انظر المادة 397 م ج:" وفي كل حال لا يكون هذا لبيع ناجزا في حق ملك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري، ص87.

3. سليمان مرقس، عقد البيع ص 290، حسن قادة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ص 89.

ويبدو أنّ الرأي الأصوب، هو ما أخذ به الرأي الأول بالنسبة إلى الإجازة في بيع ملك الغير، وما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 100 ق، م، ج في حالة إجازة المـشتري للعقد، إذ الإجازة تصحح العقد، بشرط أن يكون المشتري عالما وقت إجازته بأنّ المبيع مملوكا للغير في قوله:" يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الـضمنية، وتـسند الإجـازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير "

و ـذا ننتهي،[1] إلى أنه لا شيء هنا يستدعي فكرة الأثر الرجعي للإجازة، وعليه حبذا لو يعدل المشرع الجزائري نص المادة 100 من التقنين المدني على هذا النحو:

" يزول حق إبطال العقد بالتأييد الصريح أو الضمني، ويستند الإبطال فيما لو حكم به إلى التاريخ الذي تم فيه العقد دون إخلال بحقوق الغير ". وبذلك يكون الأثر الرجعي خاصـا فقط بحالة الحكم، بإبطال العقد دون حالة إجازته.

يبدو أنّ نص المادة 100 ق م ج الذي يقرر أنّ للإجازة أثر رجعي غير صائب، ذلـك أنّ الإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن له من قبل، وإنما يقتصر على تأييد هـذه الآثـار، ومنع احتمال زوالها مستقبلا.

لقد أحسن المشرع الجزائري، حينما نص على أن للإجازة أثرا رجعيا، فهو رأي فيه من الصواب ما فيه، انطلاقا من أنه لا يضر بحقوق الغير، وإذا كان عكس ذلك فهو مخالف للنظام العام .

مقارنة

إنّ العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، إذا لحقته الإجازة أصبح نافذا منتجا لآثاره، ومن خلاله نقول، أنّ أثر إجازة العقد الموقوف، هو صورة عكسية لأثرها في العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، ذلك أنّ العقد القابل للإبطال يرتب أثاره إلى حين القضاء بإبطاله لعدم إجازته، أما العقد الموقوف فلا ينفذ ولا يرتب أثاره إلا إذا أجيز.

1 . محمد سعيد جعفور، الإجازة ، سبق ذكره. ص 232.

الفصل الرابع: بعض أحكام الفضالة.

تمهيد:

سأتطرق في هذا الفصل إلى ذكر بعض الأحكام الخاصة بموضوع الفضالة، كمسألة انتهاء الفضالة بالفسخ، أو بموت أحد أطرافها، وبانقضاء الالتزامات عن طريق التقادم، وكذا الضمانات التي يعطيها الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، لكل من الفضولي ورب العمل، والمتعامل مع الفضولي، بالإضافة إلى أجرة الفضولي، وهذا ضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: فسخ عقد الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني.
المبحث الثاني: أجرة الفضولي و أثار موت الفضولي ورب العمل على عقد الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.
المبحث الثالث: التزامات الفضولي ورب العمل في عقد الفضالة، وتقادم التزاما م.

المبحث الأول: فسخ عقد الفضالة في الفقه الإسلامي

قد يحدث وأنّ صاحب العمل لا يعجبه صنيع الفضولي، باعتبار أنّ عمله متوقف على إجازة أو رفض صاحب هذا العمل، أو من خول له هذا الحق، وبالتالي إذا تدخل المالك ورد التصرف، يفسخ عقد الفضالة، انطلاقا من هذه الحالة، أتطرق إلى موضوع فسخ عقد الفضالة، ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: فسخ عقد الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المطلب الثاني: أثار الفسخ.

المطلب الأول: فسخ عقد الفضالة في الفقه الإسلامي

تصرف الفضولي غير ملزم لصاحب الشأن، فيجوز حينئذ فسخه، والفسخ قد يكون من صاحب الشأن، أو قد يكون من البائع، والمشتري من الفضولي، أومن تعامل معه، لأنّ التصرف، موقوف على رضاه وإجازته فما لم يجزه لم ينفذ التصرف". [1]

وسنقتصر هنا في هذا المبحث على ذكر عقد البيع، باعتباره الشريعة الكبرى التي يمكن أن يقاس عليها جميع العقود والتصرفات، وبما أنني قلت أنّ عقد الفضالة يتكون من ثلاثة أشخاص، أحاول أن أبين حيثيات الفسخ من طرف كل واحد، من الأطراف المكونة لعقد الفضالة، وفق الفروع التالية:

الفرع الأول: فسخ عقد الفضالة من طرف المتعاقد مع الفضولي

فيثبت له أيضا حق فسخ العقد الذي أجراه مع الفضولي، غير أنه يجب أن يتمسك ـذا الحق على غرار الفضولي، قبل إعمال مالك الشيء المبيع حقه في الإجازة، فإذا كانت الإجازة قد صدرت، فإنّ حق المشتري في الفسخ يسقط، لأنّ المشتري ابتداء من صدور هذه الإجازة، يصبح مالكا للمبيع، إذ بمجرد إجازة المالك ينفذ العقد منذ وقت إبرامه". [2]

فلهذا الأخير " أن يفسخ العقد ويطالب البائع بالثمن إن كان دفعه، حتى يخرج من حالة الجمود الناجمة عن عدم إجازة العقد، أو رفضه"[3].

وهناك رأي آخر، [4]يتجه إلى عدم إمكان المشتري من الفضولي فسخ العقد، ويكون البيع لازما بالنسبة له".

وقد استند في هذا إلى أن البيع نافذا في مواجهة المالك، إذا حضر العقد ولم يعلن إرادته، أو أنه لم يحضر وسكت عاما من ووقت علمه.

---

1. انظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص3017، ص3018
2. الكاساني ، البدائع، سبق ذكره، ج5، ص 151
3 . الكاساني، نفس المرجع. ونفس الموضع .
4 . الدردير ، الشرح الكبير، سبق ذكره ، ج3، ص 12.

الفرع الثاني: فسخ عقد الفضالة من طرف الفضولي

قال صاحب فتح القدير: " إنّ... الفضولي...أن يفسخ العقد قبل إجازة المالك... وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه، فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقـد إليه، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب، وفي ذلك ضرر به، فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته ".[1]

فللفضولي حق فسخ العقد قبل إجازته من طرف من خول له الشرع هذا الحق ا يز أو المالك - وهذا دفعا لحقوق العقد عن نفسه والتي ستترتب عليه، لأنه بمجرد صدور الإجازة يصبح وكيلا، وحينها ترجع حقوق العقد عليه، فيطلب من المشتري بتسليم السلعة ويخاصم من المشتري بالعيب، ولما كان هذا الصنيع يلحق به ضررا، فمن الأحسن له أن يتفاداه قبل ثبوته عليه، وذلك بفسخه، وبالتالي إذا صدرت الإجازة ممن خول له الشرع ذلك الحق، لا تكون لها معنى، لانعدام العقد عن طريق الفسخ.

أما " عقد الزواج فليس للفضولي فسخه، لأنه عقد ترجع فيه الحقوق إلى الأصيل صاحب الشأن"، [2] وبالتالي إذا كانت حقوق العقد لا تلزم الفضولي، فلا يحق له فسخ العقد، لأنّ مهمته تنتهي بانتهاء عبارته.

أما مذهب الإمام مالك، فبيع الفضولي لازم من جهة الفضولي، ومن جهة المشتري، منحل من جهة المالك، يبدوا أنّ المالكية لا يسمحون للفضولي بفسخ العقد.[3]

ومما تجدر الإشارة إليه أنّ أحقية الفضولي في الفسخ مناطها العقود التي لا سبيل إلى تنفيذها عليه، وهي العقود التي يتوقف نفاذها على الإجازة، وذلك كما لو باع ملك غيره، أو أجره، سواء أضاف العقد إلى المالك الأصلي، أم لم يضفه، وكما لو اشتري أو استأجر، أو أضاف العقد إلى الشخص الذي يعقد له، كأن يقول للبائع، أو المستأجر اشتريت هذا الشيء بكذا لفلان، أو استأجرت له، ويقبل البائع أو المؤجر، " فإنّ مثل هذه العقود تنعقد موقوفة

---

1 .ابن الهمام، فتح القدير، ج3، ص312 الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 233 /ج5، ص 152.

2. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص151، 152، ابن الهمـام، فـتح القـدير، ج3، ص309- 312. و السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ج4، ص189.

3. السنهوري، مصادر الحق، سبق ذكره، ج4، ص 179.

على إجازة من يعمل له الفضولي، إن أجازها تنفذ وإن ردها بطلت، ولذا كان للفضولي حق فسخها قبل إجاز ا، دفعا لضرر تعلق الحقوق بذمته".[1]

لكن إذا كان العقد، مما يمكن تنفيذه على الفضولي، عند عدم إجازته فلا يثبت له حق الفسخ، لعدم قابليته للإبطال لو رده المعقود له، فإذا أجازه نفذ عليه، وإن رده لزم الفضولي، لعدم وجود الإجازة.[2]

هذا و الأصل أنّ " الإنسان يعقد لنفسه، إلا إذا وجد ما يصرفه عن هذا الأصل، بأن أضافه إلى غيره، ومن ثمة لم يكن للفضولي حق فسخه".[3]

1 . أحمد فراج حسن، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، منـشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، لبنان 2002، ص 186.

2 .كما لو اشتري الفضولي شيئا أو استأجر، ولم يضف العقد إلى من يشتري أو يستأجر له، فإن الشراء و الاستئجار في هذه الحالة يقع له، وينفذ عليه، ولا يبطل برد من وقع العقد لأجله

3 .ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص141، المرغيناني ، الفتح على الهداية، ج5، ص211.

الفرع الثالث: الفسخ من المالك الأصلي

تصرف الفضولي غير ملزم لصاحب الشأن فيجوز حينئذ فسخه، وكما هو معروف، أنّ المالك الأصلي أجنبي عن العقد الذي أجراه الفضولي، فلا يحتج به في مواجهته.

وعليه كما سبق وأن ذكرت في مبحث الإجازة،[1] أنّ ا يز هو من خول له الشرع هذا الحق، فكذلك هذا الأخير يملك حق الرد، ويتحقق الرد بما تتحقق به الإجازة.

فإذا قام الفضولي ببيع مثلا، فهو موقوف على إجازة المالك الأصلي، فإذا حدث وأن تدخل المالك لرد أو رفض هذا التصرف، باعتباره غير متحمس له، أو لم يعجبه هذا الصنيع، فإنّ هذا التصرف لا ينتج أثره ويزول بأثر رجعي، لكن هل هذا التصرف، من المالك يعتبر فسخا للعقد أم إبطال له؟ [2]

انطلاقا من هذا، نرى أنه قد تعددت أراء فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص هذه المسألة، ففريق ذهب إلى استعمال لفظ الفسخ.[3]

بحيث إذا وقع أن باع فضولي مال غيره، فرفض صاحب الشأن إجازته، فالعقد هنا وقع صحيحا بين طرفيه، لكنه لا ينتج أثره، مادام موقوفا على إجازة مالكه، فإذا رفضه فالعقد لا يبطل، وإنما ينفسخ لانعدام محل العقد، باعتبار أنّ البائع لا يستطيع شرعا أن يسلم محلا رفض مالكه تسليمه.

---

1 . سبق ذكرها في الفصل الثالث، المبحث الثالث في المطلب الأول ،ص 166ص 167.

2 . ينبغي أن نبين هنا الفرق بين الفسخ، والبطلان " في عقد الفضولي"

فإذا تخلف شرط من شروط وقف التصرفات، أو نتيجة تخلف شرط من شروط الإجازة المذكورة سابقا، فإنّ مثل هذا التصرف يكون باطلا، لعدم توافر عناصر وجوده، وبالتالي هذا الأثر بطلانا.

أما الفسخ، فيكون باستعمال العقد في الفسخ قبل تدخل المالك بالإجـازة فيـصبح نافـذا، أو بالرفض، فهنا يكون فسخا لانعدام محل العقد.

3 . بعض الحنفية، المرغيناني، الهداية، سبق ذكره، ج4، ص 88. ابن نجيم، البحر الرائـق،ج6، ص161، المالكية، أبا القاسم عن مالك بن انس برواية سحنون، المدونة ، ج4، ص 38، ص56.

وعليه " فإنّ تدخل المالك بالرفض جعل هذا العقد مفسوخا بأثر رجعي فيما بين الطرفين، وفي مواجهة المالك الحقيقي"،[1] ففي هذه الحالة نظر الفقهاء إلى محل العقد لا إلى محل الالتزام.

بينما ذهب فريق آخر من الفقهاء، [2] إلى استعمال مصطلح البطلان، فرغم كون عقد الفضولي صحيح، إلا أنّ عوامل الصحة فيه غير مستقرة، فإذا رد المالك الأصلي العقد زالت عوامل الصحة فيه، وبالتالي فالعقد يصبح باطلا بأثر رجعي بين الطرفين، وفي مواجهة المالك الأصلي، وما ينتج عنه يجعل هذا العقد ليس له وجود شرعي.

كما ذهب جانب آخر من الفقهاء إلى استعمال عبارات ومصطلحات أخرى غير البطلان والفسخ، ومن هذه العبارات التي يصفون ا هذا الرد كـ: " رد العقد".[3] و " إن أجازه المالك نفذ و إلا فلا ".[4] أو عبارة " العقد ملغى ".[5] أو "منحل".[6]

فهؤلاء الصنف من الفقهاء لم يصفوا هذا الرد، هل هو من قبيل البطلان أو الفسخ؟ فهم يقولون إذا أجاز المالك العقد، يصبح نافذا ويلزم المالك، فإذا رده زال هذا العقد، ولم يعد هناك مبرر لهذا العقد، فيعتبر لا غيا.

والخلاصة هي أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية، نظروا إلى تصرف الفضولي الذي رده المالك من زاويتين.[7]

1. في **مواجهة المالك**: فيعتبروه غير موجود بالنسبة له، و يمكن أن يترتب أي التزام عليه، كما لا يمكن أن يرتب أي حق على ماله.
2. **فيما بين الطرفين**: فاعتبروه مفسوخا للخلل الذي أصاب محل العقد، وهو انعدامه شرعا.

1 محمد جبير الألفي، الفضالة، سبق ذكره، ص 122.
2. بعض الحنفية، السرخسي، المبسوط ج11، ص65، الحنابلة، ابن قدامة، المغني ج4، ص205، ص296.
3. الخرشي، شرح الخرشي، سبق ذكره، ج5، ص18.
4 . الرميلي، اية المحتاج، سبق ذكره، ج3، ص24.
5 .النووي، ا موع، ج9، ص282.
6 .الدردير، الشرح الكبير، ج3، ص12.
7. محمد جبير الألفي، الفضالة، مرجع سابق، ص122.

أما مجلة الأحكام الشرعية، فأخذت بالفسخ في المادتين 303- 304.

أما بالنسبة إلى القانون المدني الجزائري، لم يتعرض لهذه المسألة باعتباره قد فصل فيها وذلك عن طريق جعل الفضالة مصدر من مصادر الالتزام، ولذلك رتب التزامات على عاتق الفضولي، وكذا رب العمل، بحيث لا يجوز لهم العدول، وفسخ هذا العقد إلا وفق الضوابط المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

وعليه نقول: إنّ التصرف الذي يجريه الفضولي في ملك الغير، يبقى موقوفا على إجازة من خول له الشرع ذلك، فإذا كانت الإجازة صحيحة مكتملة لشروطها وأركا ا، نفذ التصرف وإذا رفضه المالك فإنه ينفسخ، ولا يكون له أي أثر سواء بالنسبة للمتعاقدين، أو سواء في مواجهة المالك الأصلي.

المطلب الثاني: أثار الفسخ

إنّ تصرف الفضولي لا يلزم المالك، فإذا تدخل المالك برد التصرف، أصبح العقد مفسوخا، لكن المشكل ما إذا لو أنّ الفضولي قد سلم المبيع للمشتري منه، وأنّ المشتري قدم الثمن وتسلم السلعة، فهل يصح للمالك أن يطالب بملكه، أو يطالب بتعويض عنه إذا هلك ملكه، إذا كان له محل؟ و في المقابل هل يصح كذلك للمشتري أن يطالب بثمنه وبتعويضات ذلك، إذا هلك ثمنه؟ بمعنى: ما هي الضمانات المقدمة من طرف الفقه الإسلامي وكذا القانون المدني لهؤلاء في ظل عقد الفضالة؟

الفرع الأول: الضمانات الممنوحة للمالك للرجوع بملكه وفي المطالبة بالتعويضات

من البديهي أنّ المالك إذا رفض تصرف الفضولي، يثبت له حق الرجوع بملكه، وله أن يطالب بتعويضات، فإذا كان ملكه قد هلك، وكانت العين باقية، فله أن يستردها من أي يد شاء، سواء من الفضولي، أو من عند المشتري.[1]

أ. **إذا هلكت العين عند الفضولي، أو هلكت عند المشتري:**

1. ابن رشد، بداية ا تهد و اية المقتصد، سبق ذكره، ج2، ص266

- **عند الفضولي**: فإذا كانت يده يد أمانة،[1] فلا ضمان عليه إلا بالتعدي، أو كانت يده يد ضمان،[2] فإنه يضمن في كل حال.

- **الهلاك عند المشتري:** اختلف الفقهاء هنا في هذه المسألة.

فذهب الحنفية، [3] والشافعية، [4] إلى أنّ يد المشتري يد ضمان، لأنه يحوز المبيع لمصلحته الخاصة، وبالتالي يكون مسؤولا عن هلاك الشيء المبيع، سواء علم بحقيقة الفضولي أو لم يعلم بذلك، وللمالك الخيار بين أن يطالب الفضولي، بضمانه أو المشتري منه.

أما المالكية،[5] فقد فرقوا بين علم المشتري، وعدم علمه بحقيقة البائع، فإذا علم المشتري بذلك فله أن يضمن، و للمالك الخيار في الرجوع على من يشاء .أما إذا لم يعلم بذلك فلا يحق للمالك الرجوع عليه، إلا إذا قصر في المحافظة عليه.

أما الحنابلة،[6] فيخيرون المالك على من يشاء سواء من الغاصب الفضولي، أو المشتري لأنه عندهم كل يد حلت محل يد الغاصب،[7] تعد يد ضمان.

ب. حق المطالبة بالتعويضات: لنفرض أنّ المشتري من الفضوليّ قد تصرف في الشيء الذي اشتراه من الفضولي، ولكن المالك فسخ العقد برده، ورفضه، وكانت السلعة قد استعملت أو هلكت، فله في هذه الحالة، أن يسترده من أي يد يشاء، فهي كالعين في الرد تماما.

أما إذا هلكت فوائد هذه العين، فالفقهاء كذلك فرقوا في هذه المسألة، بين ما إذا كان الهلاك، عند المشتري، أو حدث الهلاك عند الفضولي.

---

1. معنى يد أمانة، أنّ الفضولي كان يحوز الشيء لمصلحة المالك.

2. معنى يد ضمان: أنّ الفضولي كان يحوز الشيء لمصلحة الخاصة (لنفسه).انظر في هـذا الـسنهوري، مصادر الحق، ج4، ص181، ص 183.

3 . الكساني، بدائع الصنائع، ج7، ص 143.

4 . الشافعي،محمد بن إدريس الشافعي، أبو عبد الله، متوفى 204 هـ ـ، الأم ، دار المعرفـة، بـيروت، 1393،ج3، ص129.

5 . الدردير ، الشرح الكبير، ج3، ص457.

6 . ابن رجب، القواعد، ص226.

7 .يعتبرون كل من تدخل في ملك غيره بغير إذن فهو غاصب.

- **إهمال أو هلاك السلعة عند الفضولي:** لقد فرق الفقهاء كذلك في هذه المسألة بين ما إذا كانت يده يد أمانة أو يد ضمان، فإذا كانت يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي، وإذا كانت يده يد ضمان، فينضر إلى المنافع الزائدة، وإليك تفصيل الفقهاء في ذلك.

- **الحنفية:** فزوائد المغصوب متصلة كانت أو منفصلة، كالسمن، أو الثمار، فهي أمانة في يد الفضولي، لا يضمن هلاكها إلا بالتعدي.[1] أما منافع المغصوب غير مضمونة لأنها ليست قيمية تقوم بمال.[2]

- **المالكية**: إذا كان قاصدا الانتفاع بالعين فإنه يضمن المنافع.[3]

- **الشافعية،**[4] **والحنابلة**[5]: فالمنفعة عندهم مال متقوم، وبالتالي للغاصب أن يضمن في كل حال.

- **هلاك المنافع من عند المشتري:**

الحنفية: يقولون بضمان الزوائد أما المنافع فلا يضمنها، لأنها ليس بمتقوم.[6]

أما المالكية، ففرقوا بين المشتري العالم بالغصب، والجاهل به، ففي الحالة الأولى يضمن، و في الحالة الثانية لا يضمن،[7]

1 . السرخسي، المبسوط ، ج1، ص55.

2 . السرخسي، نفس المرجع، ص 77.

3 . ففي الدور و الأراضي يكون ضامنا للمنفعة إذا استعملها للسكن أو لزراعة أو أكراها، وفي الحيـوان يكون ضامنا لهما ينشأ عن استعماله كالولد، أما ركوب الدابة وغيرها فلا يضمنها.

4 . الشافعي، الأم، سبق ذكره، ج3، ص231.

5 . المرداوي، الإنصاف، ج6، ص 160

6 . لكن المتأخرين من الحنفية يقولون بضمان المنافع في ثلاث حالات هي إذا كان المغصوب وقفا، أو كان ليتيم أو كان معدا للاستغلال، انظر فتح القدير ابن الهمام ج7، ص342.

7 . ابن رشد، بداية ا تهد، ج4، ص266. الدردير ، الشرح الكبير، ج3، ص 457، ص458

الشافعية،[1] **والحنابلة**،[2] خيروا المالك بأي شاء أن يرجع، سواء يرجع على الفضولي، أو يرجع على المشتري، باعتبار أنّ المشتري من الفضولي، ضامن لزوائد المنافع، إذا هلكت تحت يده.

إذن يحق للمالك في حالة ما إذا رفض تصرف الفضولي أن يطالب باسترداد ملكه إذا كان باقيا، أما إذا تصرف فيه المشتري أو الفضولي فله الحق في المطالبة بالتعويض، و ـذا نرى أنّ الفقه الإسلامي أعطى ضمانات للمالك صاحب المتاع، لأجل استرداد حقوقه وأمواله كاملة غير منقوصة.

الفرع الثاني: الضمانات التي أعطاها الفقه الإسلامي للمشتري من الفضولي في حالة فسخ المالك للعقد.

قلنا بأنه إذا رفض المالك تصرف الفضولي كأن يتصرف هذا الأخير ببيع مثلا، فيتلقى الفضولي الثمن من المشترى الذي تعامل معه، ويتلقى المشتري السلعة، فإذا كان هذا المشتري قد تصرف في الشيء المشتري، بأن وهبه أو أعاد بيعه، سواء كان تصرفا قوليا أم فعليا، وفجأة تدخل المالك ورفض البيع و فسخه، فيصبح البيع مفسوخا وبالتالي يرجع المشتري على الفضولي، أو المالك بالسلعة، ففي هذه الحالة، ما هي الضمانات التي يعطيها الفقه الإسلامي لحماية هذا المشتري، من اجل إرجاع حقوقه ؟

فإذا حدث وأن حصل مطالبة المالك، استرجاع حقه من المشتري، فإنّ المشتري يثبت له في هذه الحالة، حق دعوى استرداد ثمنه الذي دفعه للفضولي، فيثبت له حق رفع الدعوى أو الرجوع بالتعويضات، وفي هذه المسألة ينبغي التفريق بين حالتين:

أ. **الرجوع بالثمن**: لقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أراء، هي:

الحنفية[3]: يقولون إنّ المشتري إن كان يعلم بأنّ البائع فضولي صراحة، فإنّ الثمن يكون أمانة في يد الفضولي- البائع- وله أن يرجع به إن كان قائما، أما إذا هلك فلا مطالبة له بذلك.

---

1 . الشافعي الأم، ج3، ص129.

2 . المرداوي، الإنصاف، ج4، ص171

3 .الكاساني، بدائع الصنائع، ج 7، ص 144، ابن الهمام، فتح القدير، ج7، ص 77.

الجمهور: المالكية، [1]والشافعية،[2]والحنابلة،[3] إنه يثبت له حق المطالبة برد الثمن من البائع سواء كان يعلم بأنه فضولي، أم أنه لا يعلم بأن كان جاهلا، وسواء هلك الثمن أم مازال باقيا.

ب.الرجوع بالتعويضات: في هذه المسألة ينبغي التفريق بين حالتين هما، حالة المشتري العالم بالفضولي، وحالة ما إذا كان جاهلا بذلك، وإليك بيان هذه المسألة.

المشتري العالم بالفضالة: إذا كان المشتري على علم بحقيقة البائع، فله الحق بالرجوع على الثمن الذي دفعه، ولا يحق له الرجوع على الفضولي، لأنه سيئ النية، أو لأنه أراد الحيلة.

المشتري الجاهل بالفضالة: لقد انقسم فقهاء الشرع الإسلامي حول هذه النقطة، فمنهم من يعطي حق الرجوع بالتعويضات على البائع مطلقا، ومنهم من يعطيه هذا الحق مقيدا، باعتبار المشتري هنا حسن النية.

الحنفية والمالكية:[4] ليس للمشتري الحق في الرجوع على البائع، بمطالبته عن الزيادة التي دفعها للمالك، سواء كانت الزيادة في مقابل العين، أو في مقابل منفعة استنفع ا.

الشافعية والحنابلة:[5] فقد أثبتوا للمشتري حق الرجوع على البائع، بما دفعه للمالك زيادة على قيمة العين المستردة بشرط أن تكون هذه الزيادة مترتبة على منفعة لم يستفد منها، وهلكت تحت يده، أما إذا كانت الزيادة التي دفعها تقابل العين، أو تقابل المنافع التي عادت على المشتري، فاختلفوا فيها حتى في داخل المذهب الواحد من أحقية الرجوع ا على البائع، أو من عدمها.[6]

الفرع الثالث: الضمانات التي يمنحها القانون المدني للفضولي لحصوله على كل حقوقه

زيادة على ما أعطاه المشرع الجزائري للفضولي من الحقوق السابقة كالحصول على التعويض على التعهدات، وعما صرفه من مصروفات ضرورية ونافعة، وعما لحقه من ضرر، فإنّ للفضولي كذلك حبس، ما بين يديه من أموال لرب العمل، حتى يسترجع حقوقه.

---

1. الدردير، الشرح الكبير، سبق ذكره، ج3، ص457.
2 .الرميلي، اية المحتاج، سبق ذكره، ج5، ص191.
3. ابن رجب، القواعد ص 226.
4 . ابن عابدين، رد المختار، ج4 ص 303. الدردير ، الشرح الكبير ، ج3، ص 467
5 . ابن رجب، القواعد ص227. الرميلي ، اية المحتاج، ج5، ص 192
6 . نفس المراجع المذكورة.

" كما أنّ للفضولي الحق في حبس الشيء الذي انفق بسببه المصروفات الضرورية، أو النافعة كما تقضي بذلك المادة 2/200 م[1]، ج التي تجعل الحق في الحبس، لحائز الشيء أو محرزه، إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة .."[2].

هذا وإذا كانت الفضالة، قد تمت بواسطة دفع دين لحساب رب العمل، فللفضولي أن يحل محل الدائن، وتكون له دعوى حلول ضد رب العمل، طبقا لنص المادة 213 م ج..الحلول محل الدائن.

و حتى يحل محل الدائن بصفة قانونية، إذا كان ملزما بالدين مع رب العمل طبقا لنص المادة 1/261 م ج ، فله أن يتمسك ضد رب العمل بالصفة التي تكون أكثر فائدة له، وبالتالي له أن يستعمل حقوق الدائن الذي حل محله، و أن يرفع على رب العمل دعوى فضالة"

ويستخلص مما تقدم أنّ القانون قد منح الفضولي ضمانات هامة، إلى جانب الدعوى التي له عند رب العمل، لكي يستطيع الحصول على حقوقه قبل رب العمل، ولهذا فقد حرص المشرع على إبراء الفضولي، من كل ما صرفه أثناء قيامه بالفضالة، وما لحقه من أضرار بسبب إنفاذ مصالح رب العمل، وتشجيعا للتدخل في شؤون الغير بقصد الحفاظ عليها، والقيام بإدار ا في

الوقت المناسب، وإبعاد الخطر عنها، ولهذه الأسباب، وضع القانون على عاتق رب العمل التزامات هامة، حتى ينصف الفضولي ويرضي العدالة". [3]

استنتاج

في الأخير نستنتج أنّ الفقه الإسلامي أعطى ضمانات هامة لحماية حقوق الأفراد، ومنها المشتري، صاحب الملك أو المالك، ولذلك أعطى نظرية حسنة في ما يخص ضمان المنافع، بحيث

1.لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام ترتب عليـه، وله علاقة سببية، وارتباط بالتزام المدين، أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تامين ويكون ذلك بوجه خاص لحـائز الشيء آو محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة، فإنّ له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حـتى يستوفي ما هو مستحق له، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " م 200/ ق م ج .

2.علي علي سليمان، مصادر الالتزام، سبق ذكره، ص 295.

3. ذهبية حامق، الفضالة، مرجع سابق، ص190.

لم يترك لا شاردة ولا واردة إلا وأعطاها حقها ونص عليها، حيث إنه فرق بين البائع الحسن النية وسيئ النية، وهذا لما هذه المعاملات من أهمية في نظر الشريعة، ولما يشكل التدخل في أموال الناس من خطورة، وما ينتج عنه من عدم استقرار لهذه المعاملات.

المبحث الثاني: أجرة الفضولي و أثار موت الفضولي ورب العمل على عقد الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني

سأتطرق في هذا المبحث إلى مسألة موت الفضولي، ورب العمل، وفي الوقت نفسه إلى مسألة أجرة الفضولي، وهذا ضمن المطالب التالية:

المطلب الأول: موت الفضولي ورب العمل في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: موت الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري.

المطلب الثالث: أجرة الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

المطلب الأول: موت الفضولي ورب العمل في الفقه الإسلامي

لقد قلنا من بين شروط صحة إجازة تصرف الفضولي، أن يكون ا يز موجودا حين الإجازة- المالك الأصلي- بالإضافة إلى وجود الفضولي حيا، فإذا حدثت وفاة بأن توفى الفضولي أو رب العمل، فما تأثير ذلك على عقد الفضالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، هذا ما أحاول أن أبينه ضمن الفروع الآتية:

الفرع الأول: موت الفضولي في الفقه الإسلامي

" إذا مات الفضولي قبل الإجازة بطل العقد ولا يصح بعد ذلك أن يجيزه المالك، لعدم وجود من تلزمه تلك الحقوق".[1]

فالفضولي عند تصرفه، قد ينشئ حقوقا ترجع إليه كما في المعاوضات، فان باع شيء للمشتري، فإنه يصبح وكيلا، وبالتالي يطالب بالثمن وأن يخاصم بالعيب، وبالتالي إذا مات فإن العقد يصبح باطلا بسبب انعدام من ترجع إليه أو تلزمه تلك الحقوق.[2]

ومن جهة أخرى توجد تصرفات لا ترجع حقوقها إلى الفضولي، بحيث لا يعتبر وكيلا بالإجازة كعقده لعقد الزواج، وعله فإنّ موت الفضولي وحياته سيان.

إذن فلا عبرة لبقاء الفضولي حيا في التصرفات التي لا ترجع حقوقها إلى الوكيل لأنه لا يعتبر فيها وكيلا بالإجازة، بل مجرد سفير أو رسول كما في عقد الزواج، استنادا لانتهاء مهمته بانتهاء عبارته، فإذا زوج الفضولي امرأة ثم توفى، كان للزجة أن تجيز هذا العقد بعد وفاته، فينفذ بإجاز ا ويلزم العقد ولا يلحق شيء للفضولي.

1 . المرغيناني، الهداية ج 3، ص 51. الكساني ، بدائع الصنائع، ج5، ص151

2 . موت المشترى باعتبار أن المشترى هو من يطالب بما أوجب عليه من حق، يطالب بما أجب عليه مـ ن اجب، فهناك من ربط صحة إجازة تصرف الفضولي بحياة المتعاقد لعدم وجود من يلتزم بدفع الثمن " انظر ابن الهمام، فتح القدير ج5، ص 77.

الفرع الثاني: موت رب العمل في الفقه الإسلامي

الجمهور: إنّ الراجح في الفقه الإسلامي، أنه ما كان مملوكا للمورث حين موته، ينتقل الشيء المملوك إلى وارثه، وهذا عام يشمل جميع الأموال، والمنافع، والحقوق.[1]

فهم يقولون أنّه مادامت الحقوق متعلقة بالمال فإنها تنتقل إلى الوارث، وبالتالي إذا مات المالك فلوارثه أن يقوم مقامه، ويكون له حق إجازة التصرف الصادر من الفضولي على المال الذي انتقل إليه من مورثه، ومادام الكلام عن الإجازة، فكذلك الأمر ينطبق على الرد.

ورأي جمهور الفقهاء من المالكية.[2] والشافعية.[3] والحنابلة.[4] أن الإجازة والرد أو الفسخ يمكن أن ينتقلا إلى الوارث الذي يقوم مقام مورثه، في ممارسة هذين الحقين، فإذا توفي رب العمل قبل إجازة أو فسخ - التصرف- ما ينفذ به، كأن يتوفى بعد أن يعلم بالتصرف وقبل أن يتمكن من رفضه أو إجازته، أو توفى قبل العلم به فإنّ وارثه يحل محله.

الأدلة: استدل الجمهور بما ذهبوا إليه بما يلي:

أ. قوله صلى اللّه عليه وسلم: " من ترك مالا أو حقا فلورثته".[5]

يفهم من عموم الحديث أنه يشمل الحق والمال دون تميز، بين تعلق دين على المورث أو عدمه، ويفهم كذلك من كلمة " من " أنها عامة تشمل كل مورث دون تمييزه أيضا، وأنه ترك مالا أو حقا.

---

1. يستثنى منها الحقوق المتعلقة بشخص صاحبها كحق الحضانة وحق الولاية على النفس أو المال ، فهذا من جهة ليست حقوقا مالية ، فلا تنتقل إلى الوارث ومن جهة ثانية لم يكسبها المورث بالعقد ليبحث هل ينصرف أثر العقد إلى الوارث بل أكسبها إياه الشرع" انظر السنهوري، مصادر الحق، ص62، ج5 .

2.ابن جزي، القوانين الفقهية، سبق ذكره، ج1، ص216، الحطاب، مواهب الجليل، ج4، ص431، ابن رشد، بداية المجتهد، ط 1952، مصر ج 2، ص 182، " إنّ الأصل عند المالكية... هو أن الحقوق تـورث كالأموال إلا ما قام الدليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال"

3. النووي، المجموع شرح المهذب، ج9/ص211. الرميلي ، نهاية المحتاج، ج3/ص 94.

4. ابن قدامة، المغني، ج4، ص70.

5. البخاري ، صحيح البخاري، ، ج2، ص805، رقم الحديث 2176 كتاب الكفالة ، بـاب الـدين. ومسلم، صحيح مسلم، ج3، ص 1237، رقم 1619 كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته.

ب. إنّ حق الإجازة ليس مجرد رغبة ومشيئة، بل هو من الحقوق التي لها شبه بالمال ومتعلقة به، وأنّ الناحية المالية فيها متغلبة على الناحية الشخصية، فالوارث يرث مال مورثه، فيرث ما يتعلق به تبعا له، ولا يرث عقل مورثه ولا شهوته ولا نفسه".[1]

في الأخير نقول أنه ينتقل إلى الوارث جميع الحقوق ومنها حق الإجازة وكذا حق الرفض، فيكون للوارث أن يجيز تصرف الفضولي على المال الذي انتقل إليه.[2] كما يكون الرفض تماما.

الرأي الثاني: عدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث وهم الحنفية

فإذا مات قبل أن يجيز العقد بطل هذا العقد، و لا يقوم ورثته مقامه، هذا ما قاله الحنفية، بحيث يجعلون هذا الحكم ينطبق على جميع التصرفات التي يتولاها من ليس له حق ذلك، سواء بولاية، أو إذن، أو وصية.

الأدلة:

أ. يقول صلى اللّه عليه وسلم: " من ترك مالا فلورثته" أما ما روي بإضافة كلمة " حق" إلى الحديث فمردود، لأنّ الصحيح أنها زيادة من الراوي، فلا تصح دليلا.

وانطلاقا من هذا يرون عدم انتقال حق الإجازة إلى الوارث لأنّ الوراثة حكم شرعي لا يثبت للشخص إلا بالنص، وقد ورد النص مقتصرا على المال فوجب الوقوف عنده، والاقتصار عليه، أي أنّ النص خص المال بالذكر دون الحق، وعليه فيما عاد المال كحق الإجازة لا ينتقل إلى الوارث.

ب. إنّ الوارث لم يكن ذا شأن وقت صدور التصرف من الفضولي، ولأنّ حق الإجازة هو من قبيل الحقوق التي هي مجرد رغبة ومشيئة، و مادامت كذلك فإنها تعتبر حقا شخصيا، تغلب فيها الناحية الشخصية على الناحية المالية، فلا تنتقل إلى الوارث بل تنتهي بوفاة صاحبها – المالك -[3]

---

1. محمد سعيد جعفور، الإجازة، مرجع سابق، ص 42.
2. النووي ا موع ، ج9/ص211، ابن قدامة، المغني، ج4، ص70.
3. " لو هلك المالك لا ينفذ العقد، بإجازة الوارث، لأنه موقف على إجازة المورث فلا يجـوز بإجـازة غيره". ابن الهمام، فتح القدير، ج 5/ ص 312

الترجيح:

بعد هذه المقارنة، وبعد ذكرنا لأدلة كل فريق فيما إذا كان حق الإجازة ينتقل إلى الوارث أو لا، فإننا نرى أنه من الأجدر اعتماد القول الأول للأسباب التالية:

1. حق الإجازة أثر من أثار الملك، ونتيجة لثبوته، فلا بد من انتقال الحق إلى الوارث تبعا لانتقال الملك إليه، فيصير أمر الإجازة، (نفاذا، وفسخا، وردا) إلى المورث.
2. التيسير على الناس ودفع الغبن عنهم، وبالوراثة ينتقل حق المال إلى الوارث، وبجميع الحقوق ومنها حق الإجازة.

خلاصة: نجد كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان على:

- ا يز هو من شرع حق الإبطال لمصلحته في القانون المدني، أو فسخ العقد كذلك في الفقه الإسلامي.
- حق الإجازة ينتقل من السلف إلى الخلف، أي من المورث إلى الوارث.

المطلب الثاني: موت الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري

في هذا المطلب أتطرق إلى مسألة تأثير موت الفضولي أو رب العمل على التزاما م، وهل ستنتقل الالتزامات والحقوق والآثار المترتبة على عقد الفضالة إلى ورثتهم ؟و هل هي نفس الالتزامات والآثار التي ترتبها وفاة أحدهم في الفقه الإسلامي؟ أم أنّ الأمر متخلف فيهما تماما ؟ وعليه نتعرض لموت الفضولي، وموت رب العمل أثناء الفضالة، انطلاقا من نص المادة 156 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على ما يلي: "إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقا لأحكام المادة 2/189 ، وإذا مات رب العمل، بقى الفضولي ملزما نحو الورثة، بما كان ملزما به نحو مورثهم"

بما أنّ هذه المادة ذكرت حكم كل حالة على حدى، ينبغي علينا هنا أن نفرد لكل حالة فرع خاص.

الفرع الأول: موت الفضولي في القانون المدني لجزائري

نجد في نص الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر " إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلزم به ورثة الوكيل طبقا لأحكام المادة 2/589.[1]

وبما أنّ الفضالة تصبح وكالة عن طريق إجازة رب العمل لعمل الفضولي، عندها يصبح الفضولي وكيلا، وتطبق عليه الأحكام التي تطبق عن الوكالة، و إلا كيف نفسر إحالة النص السابق على الوكيل.

وبالتالي تنقضي الفضالة بموت الفضولي، كما تنتهي الوكالة بموت الوكيل.

" إذا ما ت الفضولي انقضت الفضالة بموته، لأنه هو الذي تولى الفضالة بإرادته دون أن يكون ملزما ا، و إلا فإنّ الالتزام ينتقل في الأصل إلى الخلف العام (المادة 108) م ج "

فإذا كان ورثة الفضولي يتمتعون بالأهلية الكاملة، فإ م يلتزمون طبعا إذا كانوا على علم بأنّ مورثهم، كان يقوم بأعمال فضالة لصالح رب العمل، فعليهم أن يجيزوا رب العمل بموت مورثهم، وعليهم حماية الأعمال التي كان قد باشرها الفضولي، خوفا من الهلاك أو الفساد حتى يتبين لرب العمل القيام ا.

الفرع الثاني: موت رب العمل في القانون المدني الجزائري.

تنص الفقرة الثانية من المادة 156 ق م ج : " إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزما نحو الورثة بما كان ملزما به نحو مورثهم"

إنّ الفضولي في الأصل يقوم بأعمال مادية، وتصرفات قانونية دون إذن أو ولاية، ودون أن يكون بينه، و بين رب العمل علاقة شخصية، وحتى في بعض الأحيان لا يعرفه تماما " فموته إذن لا يؤثر على استمرار أعمال الفضالة التي يقوم ا الفضولي بدافع إيثاري، لذلك فعليه أن يستمر فيها حتى يتمها، فهو ملزم بذلك نحو الورثة كما كان ملزما نحو المورث، ويظل فضوليا بالنسبة إلى الورثة كما أنّ الورثة يظلون بالنسبة إليه أرباب عمل، ويلتزمون نحوه بما كان يلتزم به مورثهم"

وعليه، لابد من الفضولي في حالة موت رب العمل، أن يتم العمل الذي بدأه، حتى يستطيع الوارث أن يتولى هذا العمل.

1 . في حالة انتهاء الوكالة

خلاصة:

من خلال ما بينته في هذا المبحث أن ثمة مواطن للاتفاق وأخرى للافتراق هي كالآتي:

إنّ كلا من الحق في الإبطال، والحق في الإجازة، ينتقل إلى الوارث باعتباره حقا معلقا بالمال، فإن كان للوارث حق طلب إبطال العقد بعد وفاة مورثه، فإنّ له من باب أولى أن يـ ل عن هذا الحق بإجازته، فالقاعدة العامة هي أنّ آثار العقد تنصرف بعد موت العاقد إلى خلفه العام.[1]

"إنّ القول بانتقال حق الإجازة إلى الوارث، أدنى في نظرنا إلى الصواب من التسليم بانتقال حق الإبطال إليه، ذلك أن تمكين الوارث من الإجازة من شأنه أن يحافظ على استقرار المعاملات في ا تمع، وهذا بالإبقاء على التصرف الذي كان قد أبرمه مورثه، أما استعمال حقه في الإبطال فيؤدي إلى زعزعة هذا الاستقرار".[2]

1 * **أ. الخلف العام**: هو من يخلف الشخص في ذمته المالية كلها أو بعضها باعتبارها مجموعة مـن المـال فالوارث أو الموصي، انطلاقا من نص المادة 108 ق م ج " ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف على الخلف العام، كل ذلـك مـع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، ص 21.

قد استثنت هذه المادة حالات لا ينصرف أثار العقد إلى الخلف العام منها.

أ. إذا اتفق المتعاقدان على ذلك:" العقد شريعة المتعاقدين " قد يتفق المتعاقدان على عدم انتقـال الحـق إلى الورثة وانقضاء العقد بمجرد موت أحدهما، وبذلك لا ينصرف أثر العقد إلى خلفهما العام.

ب .إذا تبين ذلك من طبيعة التعامل: كتعاقد شخص مع جراح ومات الجراح فإن الالتزام ينقضي وبالتالي لا ينتقل إلى خلفه العام.

ج. إذا نص القانون على ذلك، مثل ما نصت عليه المادة 439، من التقنيين المدني الجزائـري مـن انتـهاء الشركة بموت أحد الشركاء، ص 96.

* **.الخلف الخاص**: 109 ق م ج:" وهو كل من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حـق عـيني عليها كالمشتري يخلف البائع في ملكية المبيع والموصى له بعين من أعيان التركة يخلـف فيهـا الموصـى، وصاحب حق الانتفاع يخلف من تلقى منه هذا الحق، ص 22.

2. محمد سعيد جعفور، الإجازة، سبق ذكره، ص 39.

المطلب الثالث: أجرة الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

الفرع الأول: أجرة الفضولي في الفقه الإسلامي

لقد ذكرنا فيما سبق، أنّ الفضولي متبرعا، لا يرجع بما انفق وهذا هو المبدأ العام، لكن هل يمكن للفضولي أن يتخذ من مهنته أو حرفته أجرا ؟، خاصة إذا كان هذا الفضولي لا يقوم عادة بعمله إلا بأجر ، فإنّ الفقهاء هنا فرقوا بين حالتين.

أ. **أن تكون للفضولي ولاية ذلك العمل**.كالموصي، أو القيم يعمل لمصلحة موليه، أو ناظر الوقف يعمل لمصلحة الوقف، فإنّ الفضولي يستحق الأجر في مال من عمل له من وقف، أو مولى عليه".[1]

فاستحقاق الأجر هنا في هذه الحالة، إنما كان انطلاقا من مهنة الفضولي الذي يعمل لحساب الغير.

ب. **أن لا تكون للفضولي ولاية ذلك العمل**: كإطفاء حريق شب في دار شخص فتقدم الفضولي لإطفائه، أو كغريق، ففي هذه الحالة يؤجر له أجرة أو يعطى له أجر، لكن الفقهاء اختلفوا في ذلك:

- فمن قال أنّ الفضولي متبرعا ليس له أجرة، نظر إلى عدم وجود الإذن.
- ومن قال أنّ له أجرة استند إلى أنّ جهد الفضولي وماله مضمونان، إن على صاحب المتاع أو صاحب العمل، وبالتالي له أجر.

نستنتج أنّ بعض الفقهاء لم يكتفوا بمهنة الفضولي لاستحقاق الأجر عليها، والبعض الآخر اكتفوا بضرورة وجود إذن، وولاية القاضي أو الموصى، أو استحقاق الفضولي الأجر وهذا للكشف عن نية الفضولي في العمل لحساب الغير، باعتبار النية ركن أساسي لقيام الفضالة.

لكن السؤال الذي ينبغي أن يطرح في حالة ما إذا كان الفضولي تدخل للإجراء تصرف خدمة للغير، وكان قد بدأ في العمل فهل للمالك أن يلزمه بمواصلة العمل الذي شرع فيه ؟

1.انظر علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات، سبق ذكره، ص 28.

إذا كان الفضولي سيتقاضى أجرا من المالك، فإنه يكون ملزما بأن يستمر في العمل الذي بدأه باعتبار أنّ هناك عقدا بين الفضولي ورب العمل، ولا يجوز للفضولي التخلي عن هذا العمل إلا إذا كان هناك ما يدعوا إلى التخلي عنه.

ومن زاوية أخرى إذا كان لن يتقاضى من المالك أجرا، فلا يكون ملزما بالاستمرار في العمل وله التخلي عنه متى شاء باعتباره متبرعا، ولا يلزم متبرعا بالمضي في تبرعه.[1]

نستنتج أنه ليس للمتبرع أجرا، وما يمكن قوله أنّ الفضولي متبرع لا يحق اخذ أجرة على عمله إلا إذا كان داخلا في أعمال مهنته، مثل طبيب أو جراح، أما غير ذلك فهو يعتبر متبرعا فلنفرض أنّ الشريعة الإسلامية أعطت لهذا الفضولي أجرا، أو حقا في الأجر، أعتقد أنه سيفتح الباب على مصراعيه للانتهازيين من أن يجدوا طريقا ووسيلة للتدخل في أموال الغير، وعن طريقها يطالبون بالأجر، وبالتالي يتخذو ا حرفة، مما ترجع بالسلب على صاحب العمل و لما قد تسببه هذه التصرفات وتنعكس به من نتائج سلبية، كعدم استقرار للمعاملات، ولما قد تنجر عنها من الفضائح والأعمال الغير المسؤولة.

وعليه نقول أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية، بينوا وأعطوا حلولا لذلك، ولقد أحسنوا صنعا عندما تشددوا وبالتالي قطعوا دابر الحيلة، وسدوا التدخلات والأعمال غير المبررة في أموال الغير، إذا كانت بقصد المصلحة الخاصة.

الفرع الثاني:أجرة الفضولي في القانون المدني الجزائري

تنص المادة 157: " ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله، إلا إذا كان العمل من أعمال مهنته"

من خلال هذا نفهم أنّ الفضالة تبرعية، ولا يستحق الفضولي أجرا على العمل الذي باشره باعتباره عمل إنساني وإيثاري لا يبغي من ورائه قصدا إلا المنفعة، أما إذا كان العمل يدخل ضمن اختصاصه أو مهنته، فلا بأس بذلك انطلاقا مما هو موضح في النص، كالطبيب في العلاج مثلا.

وبما أنّ الفضالة تقرب من الوكالة باعتبار أنّ أصل الوكالة تبرعية فكذلك الفضالة، لكن الوكالة تكون اتفاقية، وأن يتفق الطرفان مسبقا على أجر، أما الفضالة فلا اتفاق فيها كما رأينا

1.علي الخفيف، نفس الرجع، ص 120، ص121

في مبحث الفروق بينهما،[1] فأصلها تبرعية وبالتالي لا يستحق الفضولي الأجر، إلا إذا كانت أعماله تدخل ضمن اختصاصه.

" إذن فكلما كان الفضولي قد قام بعمل يدخل في مهنته، كالطبيب فإنه يستحق عليه أجرا عادلا يترك تقديره للقضاء، لكن إذا كان ذو المهنة يقوم بعمل فضولي لا علاقة له بمهنته، كالمهندس الذي يسعف جريحا، فإنه لا يستحق على عمله أجرا، وكذلك الأمر في أن يتطوع، لإطفاء حريق أو لإنقاذ غريق، دون أن يكون من المعنيين لذلك".[2]

في الأخير نقول أنّ الفضولي يستحق الأجر على عمله، إذا كان هذا العمل الذي يقوم به داخلا ضمن إطار اختصاصه، أما إذا قام به وهو بدافع الإيثار وغير مختص فليس له اجر، ولا يستحق ذلك، إذ الأصل في الفضالة أنها تبرعية.

1 .سبق الحديث عنها في الفصل التمهيدي تحت المبحث الثالث ص 44.

2.علي علي سليمان، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 299

المبحث الثالث: التزامات الفضولي ورب العمل وتقادم التزاماتم في الفقه الإسلامي والقانون المدني

في هذا المبحث أقوم بدراسة بعض الأحكام المتعلقة بالفضالة، كالالتزامات التي تترتب عليها باعتبار أنّ الفضالة مصدرا من مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وبالتالي إذا قام الفضولي بتصرف فإنه تنتج عنه أثار و تترتب عليه نتائج، منها قيام علاقة قانونية بين أطرافها، وتتمخض التزامات على عاتق كل واحد منهما، بالإضافة إلى مدة تقادم التزاما م، وهذا في المطالب التالية.

المطلب الأول: التزامات الفضولي

المطلب الثاني: التزامات رب العمل

المطلب الثالث: انقضاء الالتزامات الناشئة عن الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المطلب الأول: التزامات الفضولي.

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري، نجدها قد نصت على التزامات الفضولي صراحة في المواد " 153- 155".

فنجد أنّ المشرع الجزائري رتب أربع التزامات.[1] تقع على عاتق الفضولي، ومن هذه الالتزامات.

- التزامه بالمضي في العمل الذي بدأه حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.
- التزامه بأن يبذل في تأدية عمله عناية الرجل العادي.
- التزامه بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.
- التزامه بأن يؤدي حسابا لرب العمل عما قام به.

الفرع الأول: التزام الفضولي بالمضي في العمل الذي باشره حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه

قد تناولت هذا الالتزام المادة 153 م ج بقولها: " يجب على الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه"

انطلاقا من نص هذه المادة التي توجب على الفضولي، أن يبدأ العمل الذي مضى فيه لحساب الغير، بأن يستمر فيه حتى يتمه، أو حتى يستطيع رب العمل مباشرته بنفسه، كمن قام بإصلاح سقف دار كاد أن يسقط فعليه أن يتمه، إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته.

---

1 .هناك خلاف بين فقهاء القانون بخصوص مصدر التزامات الفضولي ؟ هل تترتب هذه الالتزامات في ذمة الفضولي ، بإرادته المنفردة ؟ أم أنها تترتب بمقتضى القانون؟

فهناك من يرى أن مصدر التزامات الفضولي هو القانون وطائفة أخرى ترى أ ا مصدرها الإرادة المنفـرة، لكن ما يهمنا هنا هو موقف المشرع الجزائري؟

فالقانون الجزائري لم نجد له أي أثر لهذا الخلاف حيث لم يضع لا فصلا ولا نصا خاصا بالإرادة المنفـردة، حيث قلد المشرع الفرنسي الذي لم يعتبر الإرادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام.راجع، علي علي سـليمان، ص 280 وما بعدها.

" والحكمة في هذا الالتزام هي الحيلولة دون التدخل في شؤون الغير باستخفاف، وبعدم شعور بالمسؤولية، لاسيما وأنّ الفضالة تقوم على روح إيثارية، ورغبة في تأدية مساعدة إنسانية للغير، ومن قام بعمل جميل أن يتم جميله.[1]

إنّ " الغرض من الإشارة إلى مثل هذا الالتزام، هو منع التدخل في شؤون الغير عن تسرع أو رعونة وخفة، وعليه يكون الفضولي ملزما بأن لا يتخلى عما بدأه من عمل، وأن يواصل العمل الذي بدأه، وخاصة إذا كان الانقطاع عن عمل يؤدي إلى إضرار برب العمل".[2]

هذا ولا يجوز للفضولي بأي حال من الأحوال التخلي عن العمل.[3] إلا إذا كان أمام قوة قاهرة منعته من تأدية مهامه أو إكمال عمله، كترميم جدران في وقت زلزال، فيجب حينئذ مراعاة صحة وسلامة الفضولي، بأن لا يعرض نفسه لأي خطر.

وكما سبق وأن رأينا اختلاف الفضالة عن الوكالة، فإنّ التزام الفضولي بالعمل الذي بدأه حتى النهاية هو شبيه بالتزام الوكيل، لكن الوكيل بموجب المادة 588 عليه أن يتخلى عن العمل الذي كان قد باشره،[4] في حين ليس للفضولي الحق أن يتحلل من الفضالة، قبل إتمام العمل الذي بدأه.

لعل ما جعل المشرع الجزائري يتشدد حينما ألزم الفضولي، بالمضي في العمل بمواصلته كان القصد من ذلك هو تحاشي التدخل غير المبرر، وغير المناسب في ملك الغير، فلعله بموقفه هذا وقف سدا في وجه أولئك الانتهازيين من جهة، ومن جهة أخرى حتى يتمكن الفضولي من إكمال عمله على أحسن وجه، فيرجع بالفائدة على رب العمل.

---

1 .علي علي سليمان ، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص283.

2 ذهبية حامق، الفضالة، مرجع سابق ص 144.

3 .إذا كان العمل ماديا، كإطفاء حريق، فعليه بالاستمرار، إلا أن يمكن رب العمل من إطفائه أما إذا كان تصرفا قانونيا يواصله إلى النهاية.

4. المادة ق م ج 588: " يجوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت من الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك"، ص 139.

الفرع الثاني: التزام الفضولي بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك

وقد نصت على هذا الالتزام المادة 153 السالفة الذكر في العبارة الأخيرة: " كما يجب أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك".

ما يلاحظ على هذه العبارة من المادة الأخيرة، أو هذا الالتزام الثاني بصفة عامة، أنه مكملا للالتزام الأول، باعتبار أنّ الفضولي ينبغي أن يلتزم بإخطار رب العمل، بتدخله كلما استطاع إلى ذلك سبيلا.

فالمشرع إذا كان قد ألزم الفضولي بمواصلة عمله واستمراره فيه، فإنه بالمقابل كذلك ألزمه أن يبادر إلى إخطار، وإخبار رب العمل بالتدخل عندما أتاح له الفرصة، و سيكون هذا في صالحهما.

وقد نص صراحة المشرع الجزائري على هذا الالتزام لمنع الفضولي من التمسك بعدم وجود نص صريح يلزمه بذلك.

" الظاهر أنّ الحكمة من إيراد هذا الحكم، هي منع الفضولي من المضي في العمل مع استطاعته إخطار رب العمل بذلك، طمعا منه في الحصول على مزيد من الأجر في الأحوال التي يجوز فيها الحصول على أجر، خصوصا إذا كان من المهنيين".[1]

الفرع الثالث: التزام الفضولي ببذل عناية الشخص العادي

وقد نصت على هذا الالتزام المادة 154 ق م ج " يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الرجل العادي".

إنّ الاستمرار في العمل الذي يباشره الفضولي وحده لا يكفي، ولعل المشرع الجزائري عند تنصيصه على هذا كان الهدف من وراءه، كف الشخص الذي لا يقدر على بذل عناية الرجل المعتاد عن التدخل في شؤون الغير.

وكذلك" إنّ الفضولي لا يكفيه أن يدير شؤون غيره كما يدير شؤونه الخاصة بل يلزمه القانون، أن يقوم ا بعناية الرجل العادي تطبيقا لنص المادة السالفة".[2]

1 . علي علي سليمان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 284.

2 ذهبية حامق ، الفضالة، مرجع سابق، ص 152.

" إنّ هذا الالتزام أي: الالتزام ببذل عناية الشخص العادي، هو التزام لا ينشأ من اتجاه إرادة الفضولي إليه، وإنما ينشأ بنص القانون نتيجة تدخل الفضولي في شؤون غيره، ولو لم تتجه إرادته إلى إلزام نفسه بذلك، أي: أنّ القانون يرتب هذا الالتزام على مجرد التدخل من جانب الفضولي في شؤون غيره، بقطع النظر عن حصول التدخل بعمل قانوني".[1]

إذن على الفضولي أن لا يقوم بأي عمل، إلا إذا كان مفيدا لهذا الأخير- رب العمل- وأن لا يقصد من وراء تصرفاته إلا مصلحة رب العمل، وأن يديرها إدارة حسنة.

الفرع الرابع: التزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل وبرد ما تسلمه بسبب الفضالة

تنص المادة 155 م ج " يلتزم الفضولي بما يلزم به الوكيل من رد ما تسلمه بسبب الفضالة بتقديم حساب عما قام به".

بما أنّ نص هذه المادة يحيل إلى التزام الوكيل المشار إليها في المادة 577 ق م ج : " على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية، عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة، وأن يقدم له حسابا عنها". و المادة 578 ق م ج تنص على أنه: "لا يجوز للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه".

إذن نستنج أنّ التزام الفضولي كالتزام الوكيل، وعليه ألزم المشرع الفضولي بالتزامين قياسا على التزامات الوكيل.

فألزمه برد كل ما استولى عليه إلى رب العمل، من حقوق وأموال و غيرها، بحيث لا يحق له إذا تسلم أموالا لحساب رب العمل أن يستعملها للمصلحة الخاصة، وعليه بردها من يوم قبضها لفائدة رب العمل.

كما ألزمه كذلك بتقديم حساب لرب العمل، يشمل جميع ما قام به لحساب الفضالة أو إدارة شؤون رب العمل دون مطالبة رب العمل بتنفيذ هذا الإلتزام، ولا يحق له التأخر و إلا يطالب بذلك، هذا طبعا إعمالا لنص المادة السالفة 155 ق م ج.

من خلال ما تقدم يمكن القول أنه يحق لرب العمل، أن يطالب الفضولي بتقديم حساب عن إدارة شؤونه، ويلتزم هذا الأخير بأن يحيطه بكل المعلمات الضرورية، بشأن العمل الذي قام به.

---

1 . مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، مرجع سابق، بند 601.

خلاصة عامة:

لقد ألزم المشرع الجزائري الفضولي بالتزامات هامة، لا يمكن له بأي حال من الأحوال التملص منها أو التهرب عنها، إلا إذا كانت هناك قوة قاهرة جدا، ومن هذه الالتزامات، التزام الفضولي بالمضي في العمل الذي باشره، حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، و التزامه بأن يبذل في تأدية عمله عناية الرجل العادي، وكذا التزامه بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك، والتزامه بأن يؤدي حسابا لرب العمل عما قام به.

المطلب الثاني: التزامات،[1] رب العمل:

بعد معرفتنا لأهم التزامات الفضولي تجاه رب العمل، نتطرق الآن لذكر التزامات رب العمل تجاه الفضولي، باعتبار العلاقة الموجودة بين هذين الشخصين.

وعليه إنّ الالتزامات التي تقع على عاتق رب العمل ليست أقل أهمية من التزامات الفضولي، وإذا كان الفضولي يلتزم دائما قبل رب العمل في حالة ما إذا تدخل في شؤونه، فإنّ رب العمل لا يلتزم إزاءه، كما في حالة ما إذا قام الفضولي بنية التبايع بما يطلق عليه.

وبالتالي، فرب العمل في الفضالة الصحيحة التي تتوافر فيها كل أركا ا وشروطها اللازمة، يلتزم قبل الفضولي وقبل الغير الذي تعامل معه، وعليه أتطرق في هذا الفرع إلى التزامات رب العمل وهذه الالتزامات مكرسة بنص المادة 157 ق م ج والتي تنص على ما يلي:

" يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وبتعويضه عن التعهدات التي التزم ا، وبرد النفقات الضرورية أو

1.مصدر التزامات رب العمل، فالفقه العربي اختلف بشان مصدر التزامات رب العمل اهو القانون أم إرادة الفضولي؟

أما الفقهاء العرب: هناك من يقول بالإثراء بلا سبب وهناك من يقول بالنيابة، انظر ذهبية حامق، الفضالة، سبق ذكره، ص 165، وما بعدها. وكذا علي علي سليمان في المرجع السابق، ص 298/297

النافعة التي سوغتها الظروف، وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه، بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجرا على عمله، إلا إذا كان هذا العمل من أعمال مهنته".[1]

للإشارة تشير مقدمة المادة إلى اعتبار الفضولي نائبا لرب العمل، متى بذل الفضولي في إدارة شؤون غيره عناية الرجل العادي، ولو لم تكن هناك نتيجة مرجوة من إدارة هذه الأعمال، لأنّ التزامه بالفضالة وبإتمامها، هو في حقيقة الأمر التزام ببذل عناية، وهذه الالتزامات هي كالآتي:

الفرع الأول: التزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وباسم رب العمل

"فبما أنّ الفضولي نائبا قانونيا عن رب العمل، كما تقضي به مقدمة المادة 157ق م ج بأن يلتزم رب العمل بتنفيذ ما تعهد به الفضولي عنه يكون مصدره، هو هذه النيابة القانونية، ولا يكون الفضولي مسؤولا شخصيا عنها، ما لم يكن ارتكب خطأ أثناء التعاقد".[2]

" إنّ الفضولي إذا تعاقد مع الغير باسم رب العمل، فإنّ هذا الأخير يصبح هو الدائن، في هذه العقود، أو المدين، فيكسب الحقوق التي تنشأ منها، والتي أبرمها الفضولي باسمه كما يتحمل الالتزامات التي تترتب عليها، ويعتبر هذا الالتزام نتيجة طبيعية لاعتبار الفضولي نائبا عن رب العمل في كل ما يبرمه من تصرفات لحسابه، فكل التعهدات التي يقوم ا الفضولي باسم رب العمل تقع على عاتق هذا الأخير". [3]

من خلال هذا نقول أنّ الفضولي، بالنسبة إلى الالتزامات التي قد تعاقد عليها نيابة، عن رب العمل تقع على عاتق هذا الأخير، وعليه تحمل مسؤولياته قبل الفضولي الذي يجب تشجيعه على مثل هذا الفعل النافع.

الفرع الثاني: التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما عقده من تعهدات باسمه شخصيا

تنص المادة السالفة الذكر 157 ق م ج على ما يلي: " وتعويضه عن التعهدات التي التزم ا..."

1 . المادة 157، من، ق م ج، ص 32.
2.علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 192.
3.السنهوري، الوسيط، مرجع سابق ج1، بند 893 ص1425.

وتنشأ هذه الالتزامات في ذمة الفضولي أولا، لأنه يقوم ا باسمه شخصيا، ويلتزم هو تجاه العاقد الآخر بتنفيذها، وله أن يطالب رب العمل بالتعويض عن هذه التعهدات التي قام ا باسمه شخصيا، لأنه كان يهدف – الفضولي – إلا أن يؤدي عملا لصالح رب العمل، وليس للمصلحة الشخصية".[1] مثال: إذا تعاقد الفضولي مع شخص لمصلحة رب العمل، مع بناء لإصلاح البيت، فإنّ هذا التعاقد الأخير هو عقد عمل يرتب في ذمة الفضولي، التزامات قبل البناء، وعلى الفضولي بعدها أن يؤديها بنفسه للبناء، وله أن يرجع على رب العمل لتعويضه عنها، فيصبح الفضولي دائن ومدين، دائن بالحقوق، ومدين بالالتزامات المترتبة على هذا التصرف، ويلتزم رب العمل بتعويض الفضولي عن كل مصاريفه.

وبالتالي يكون رب العمل ملتزما ذا التعاقد، ويسأل شخصيا نحو من تعاقد مع هذا الأخير – الفضولي- عن تنفيذ هذا العقد، وأن يعوضه عن كل التعهدات التي تعهد ا أثناء قيامه بالفضالة، ولعل هذا ما قصده المشرع الجزائري من هذا النص.

الفرع الثالث: التزام رب العمل برد المصروفات الضرورية [2] أو النافعة،[3] للفضولي.

وأضافت المادة 157 ق م ج: "... وبرد النفقات الضرورية أو النافعة التي سوغتها الظروف..."

من خلال هذا أوجب المشرع طبقا لهذه المادة على رب العمل، أن يرد إلى الفضولي ما أنفقه من مصروفات ضرورية أو نافعة، وذلك محاولة لإخراج الفضولي بريئ الذمة من الفضالة.

وللفضولي حق استزاد المصروفات النافعة مادامت هذه المصروفات نافعة وقت إنفاقها، حتى وإن لم تتحقق بعد صرفها، هذا ولا ينبغي كذلك أن تكون هذه المصروفات مفرطة، بحيث يجوز انتزاعها وليس للفضولي إلا انتزاع ما جاوز الحد من ذلك.

1.ذهبية حامق، الفضالة، مرجع سابق، ص 169.

2.المصروفات الضرورية: تلك التي تلزم للمحافظة على الشيء، والتي يتعين على كل من يحوزها شيء أن ينفقها لكي يظل الشيء باقيا على ما كان عليه، انظر ذهبية حامق ص171،

3. المصروفات النافعة: هي التي تزيد في قيمة الشيء ولكن ليست ضرورية لحفظه" مثل طلاء جدران بعد ترميمه.

كما للفضولي الحق في حبس الشيء الذي أنفق بسببه المصروفات الضرورية أو النافعة، كما تقضي بذلك المادة 2/200 م ج التي تجعل الحق في الحبس لحائز الشيء أو محرزه إذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة...". [1]

إنّ المصروفات الضرورية والنافعة التي يعرفها الفضولي أثناء فضالته، يجب أن لا يكون مبالغا فيها، وأن توجه وتصرف في حدود معقولة، وفي حدود مقدرة رب العمل في الالتزام ا، وكذا فيما تتطلبه الفضالة.

وعليه مادامت، "الفضالة نافعة لرب العمل التزم هذا الأخير بالتعويض للفضولي عن كل المصروفات الضرورية، هذا بالإضافة على المصروفات النافعة ".[2]

وعليه نقول إنّ المشرع الجزائري في نص المادة 157ق م ج يلزم رب العمل بالتعويض للفضولي عما صرفه أثناء فضالته، وبالتالي يثبت للفضولي حقوقه ومصروفاته التي دفعها من اجل مصلحة رب العمل.

الفرع الرابع: التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما لحقه من ضرر

قد يصاب الفضولي وهو أثناء تأدية عمل رب العمل بضرر، كأن يكون مثلا يطفئ حريق شب في م ل رب العمل، فأصيب بحروق فيلتزم رب العمل بتعويضه عما لحقه من ضرر، وينبغي أن يكون التعويض عادلا.

وعليه فإنّ رب العمل ملزم بتعويض الفضولي عما يصيبه من ضرر، على غرار التزام الموكل نحو الوكيل، وهذا إعمالا لنص المادة 157 ق م ج من الفقرة الأخيرة، التي تقول " وبتعويضه عن الضرر الذي لحقه، بسبب قيامه بالعمل...".[3]

1.علي علي سليمان، مرجع سبق، ص295.
2. السنهوري، الوسيط، ،مرجع سابق، بند 895 ج1، ص1427
3.المادة 155 ق م ج.

المطلب الثالث: انقضاء الالتزامات الناشئة عن الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

من حق رب العمل أن يلزم الفضولي بمواصلة عمله الذي بدأه، لأنّ ذلك يكون محددا بوقت معين أو مدة محددة، سواء منذ نشؤ حق كل منهما، أو منذ علم كل منهما بحقه، لأنّ استمرار المعاملات، واستمرار العدالة، يتطلب أن يكون ذلك العمل محددا لممدة معينة ؟ وعليه ما مدة تقادم التزامات الفضولي، ورب العمل في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري؟

الفرع الأول: تقادم المدة في الفقه الإسلامي

إنّ التقادم في الفقه الإسلامي ليس قاعدة عامة، وإنما هو استثناء يعرض بمناسبة دعـوى الاستحقاق.

إنّ وقف تصرف الفضولي كما أسلفنا تعد مسألة استثنائية للعقد إلى أن يستقر بإجازته أو رده ورفضه، من طرف من خول له ذلك- المالك- مهما طالت المدة، لكن قد يحدث أن لا يقوم صاحب الحق بإجازة هذا العقد أو إبطاله لمدة معينة حيث يطول أمد توقف التصرف ويجعل التعامل بين الناس غير مستقر، والمدة غير محددة، فهل يعد قيامه بعد مرور المدة بإجازته العقد، أو إبطاله صحيحا، وهل هذا الإجراء ممكن؟

" فليس هناك وقت معين إذا انقضى يعتبر المالك قد أجاز التصرف، أو لم يجزه فيبقى التصرف موقوفا حتى يجاز و يرد، أي أنه يبقى غير نافذ".[1]

فهذه المسألة قد شغلت فكر وبال فقهاء الشريعة الإسلامية حيث حاولوا إيجاد مخرج لذلك وهو ما تم كما يلي.

أ. محاولة فقهاء الحنفية

إنّ المعتبر في المذهب الحنفي أن سكوت المالك على تصرف الفضولي في ماله لا يعتبر إجازة لتصرفه سواء كان حاضرا مجلس العقد أو كان غائبا ثم علم بذلك

إنّ المالك " لو رأى أجنبيا يبيع ملكه فسكت ولم ينهه لم يكن وكيلا بسكوته".[2]

1. السنهوري، مصادر الحق، سبق ذكره، ج4، ص 194.
2. السيوطي، الأشباه والنظائر، م س ص 154.

نستنتج أن سكوت المالك لا يعتبر إجازة للبيع ولو طال هذا الزمن، وهذا ما جعل الفقه الحنفي يعطي حق فسخ العقد لكل من العاقدين الفضولي، والمشتري عليه".[1] وهذا من أجل التخلص من هذه الحالة لا غير، باعتبارها غير مستقرة.

إنّ المحاولة التي اقترحها الفقه الحنفي ليست بالعلاج الشافي، وهو رأي غير عملي باعتباره يؤدي إلى فسخ العقد للتخلص منه، وذلك حتى لا يطول انتظارهم الإجازة، لكن قد يراد الإبقاء على هذا التصرف، وهذا عن طريق التريث و الانتظار أملا في إجازة المالك صاحب الحق في الإجازة، وكما هو معلوم قد يطول انتظار المالك إذ ليس للإجازة وقت معلوم، وبالتالي يصبح العقد غير نافذ لمدة طويلة، وهذا مما لا شك فيه يؤدي إلى عدم استقرار التعامل بين الناس، وزعزعة المراكز القانونية، بعد طول مدة انتظار.

ب. محاولة فقهاء المالكية:

أمام هذه الحالة الغير المستقرة حاول فقهاء المالكية إيجاد حلا لهذه المعضلة، وذلك عن طريق التمييز بين حالتين هما، حالة حضور المالك العقد، وحالة عدم حضوره.[2]

حالة حضور المالك مجلس العقد: إذا سكت المالك في هذه الحالة، أعتبر سكوته على أنه إجازة للعقد فينفذ فورا، فيكون له حق مطالبة البائع بالثمن باعتبار أنّ البيع يلزم المالك، وذلك خلال مدة عام من علمه بالعقد، فإذا سكت طول هذه المدة سقط حقه في الثمن"

حال عدم حضور المالك مجلس العقد: في حالة ما إذا لم يحضر المالك العقد فتعطى له – المالك- مهلة لمدة عام من وقت علمه بالبيع، ليختار فيها إجازة العقد أو رفضه، فإذا لم يبدي إرادته خلال هذه المدة المقررة بعام يفسر سكوته على أنها إجازة للعقد.[3]

و بهذا نقول أنّ المالكية، قد فصلوا في مسألة سكوت صاحب الحق في إجازة العقد، وجعلوا المدة التي يجوز له فيها إجازة العقد أو إبطاله محددة، فإذا ما مرت تلك المدة لا تسمع دعواه، ليصبح بذلك تصرف الفضولي منتجا لجميع أثاره الشرعية.

---

1. الكاساني ، البدائع ج5، ص 151. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، في الشريعة الإسلامية د ت ط ص 361، محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، م س ص 760.

2. الدردير ، ج 3، ص 12، وجاء في مواهب الجليل ، ما يلي: " ... قال ابن رشد: إن كان حاضرا الصفقة فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن " الحطاب: ج4، ص 271، ص 272.

3. الدر دير، الشرح الكبير، ج3، ص12.

الفرع الثاني: تقادم التزامات الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري

أ. تقادم التزامات الفضولي

لقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 159 ق م ج: " تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء عشر سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرف بحقه، تسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة، من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

من خلال هذا النص الذي هو بين أيدينا نستنتج أنّ الفضولي إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته التي سبق وأن ذكرناها فإنّ رب العمل يستطيع أن يرفع عليه دعوى مطالبا فيها بتنفيذ التزاماته.

لكن هذه الدعوى أحيانا لا تقبل وتسقط، وذلك انطلاقا من أنّ القانون حددها بمدة معينة بخمس عشرة سنة، من نشؤ الحق أو عند علمه به.

ولكن " لا ندري لماذا جعل القانون المدني الجزائري هذه المدة تطول إلى عشر سنوات، إلى جانب ذلك فإنّ مدة التقادم 10 سنوات غير مقبولة، إذ أنّ المشرع الجزائري قد أطال فيها، هذه الإطالة نفسها تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس، فما بالك حين اعتمد مدة 15 عاما ويا حبذا لو قصرها إلى ثلاث سنين كما فعل نظيره في القانون المدني المصري،[1] لأنّ مدة عشر سنوات تبدوا طويلة جدا، إذ يبقى الفضولي ملزما طوالها بتنفيذ التزاماته وهذا مخالف للعدالة ولاستقرار المعاملات ولا سيما أنّ القانون كثيرا ما يهدف إلى قصر مدد التقادم.[2] حيث كان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يقصر هذه المدة إلى ثلاث سنوات.

وعليه إذا علم رب العمل بعمل الفضولي، فعليه أن يطالبه به خلال عشر سنوات من علمه بحقه طبقا للقانون، ومن تاريخ العلم بالعمل و إلا سقط حقه في هذا، أو من خلال خمسة عشرة سنة من يوم نشوء هذا الحق، ولكن مع ذلك يجب تقصير المدة مراعاة لظروف الناس و أحوالهم، كذلك لما لهذه الإجراءات من دور فعال في استقرار المعاملات، وإرساء لقواعد العدالة.

---

1. المادة، 197: "تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الـذي يعلـم فيـه الفضولي بحقه".

2. ذهبية حامق ، الفضالة، مرجع سابق، ص245.

ب. تقادم التزامات رب العمل

من خلال ما سبق ذكره، من نص المادة 159 ق م ج التي تنص على تقادم الدعاوى الناشئة عن الفضالة سواء من الفضولي، أو من رب العمل،

فللفضولي أن يرفع دعوى ضد رب العمل، للمطالبة بالتزاماته التي سبق وأن ذكرناها حيث تتقادم هي الأخرى بعشر سنوات من تاريخ علمه بقيام حقه، أو من خمس عشرة سنة من وقت نشؤ هذا الحق.

ما يعاب على القانون المدني الجزائري في هذه المسألة هو أنه أطال مدة التقادم

خلاصة

بالنسبة إلى التقادم فقد حدد المشرع الجزائري كما رأينا في المادة 159 من القانون المدني الجزائري بعشر سنوات من يوم علم رب العمل بالعقد، وبخمسة عشرة سنة من إنشاء هذا الحق.

أما تحديد المدة بخمس عشرة سنة، أعتقد أنّ المشرع هنا نظر إلى المدة المقررة لتصرف ناقص الأهلية ومعيب الإرادة، وأما مدة عشر سنوات هي الأخرى مقررة لسقوط حق ناقص الأهلية ومعيب الإرادة للغلط.

أما بالنسبة إلى الفقه الإسلامي الذي لم يحدد مدة معينة للتقادم، لكن استقر الأمر على رأي الفقه المالكي، الذي فصل في مسألة سكوت المالك وتقادم حقه في طلب الإبطال على النحو التالي.

فالمالك له حق طلب الإبطال أو الإجازة لمدة سنة كاملة وهو غائب عن ا لمس من يوم علمه بالبيع فإذا مضت المدة ولم يصدر المالك الحقيقي رأيه بشأن التصرف لزمه البيع، وإذ قام بمطالبته بفسخ العقد وإبطاله بعد مرور سنة لم تسمع دعواه، وكما نرى أنّ هذه المدة التي أوردها الفقه المالكي هي الأقرب إلى المحافظة على المعاملات، ومصالح أصحاب الحقوق، واستمرار العقود في ترتيب آثارها.

الخاتمة:

من خلال ما تم التعرض إليه في هذه المذكرة وقفت على النتائج التالية:

- أصالة الفقه الإسلامي من حيث منهجه واستقلالية بحثه، بحيث تعرض لمشكلة البحث بكل دقة، ووضع الحلول الملائمة بما يحقق العدالة ويجلب المصلحة، ويساعد على استقرار المعاملات، ويحصن الأفراد و يحمي ممتلكاتهم.
- غزارة المادة العلمية في مباحث الموضوع المتناول.
- الشريعة الإسلامية نظام قائم بذاته له خصائصه التي يتفرد بها ومادته غزيرة وجديرة بالمعرفة والبحث والموازنة، بحيث أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يهملوا جانب القواعد الكلية والنظريات في تفريعهم فروع الفقه الإسلامي أو لتأصيل مسائله وتشريعاته، وإنما اعتمدوا لذلك أصولا عامة في الكتاب والسنة، وحللوا الوقائع ووضعوا الحلول المناسبة لها على ضوء تلك الأصول، ورتبوا القواعد التفصيلية عليها، وما افتقدوا فيها نظاما صالحا للبشرية أو التجأوا إلى تشريعات في الشرق والغرب، لأنّ هذه الشريعة ما ضاقت ولن تضيق ذرعا بأي نظام أساسه العدل والإنصاف، ولا ينبغي الشك في كمالها وشمولها لكل ذلك.[1]

---

[1] الكبيسي: الإثراء بلا سبب في الشريعة والقانون الوضعي، سبق ذكره. ص515

- فقهاء الشريعة الإسلامية اتسموا بالدقة في تناول جزئيات وفروع البحث وفق منهج تسلسل منطقي، وهذا ما لحظته من خلال تطرق الفقه إلى موضوع تصرفات الفضولي في أبواب وفصول كتب الفقه، فقد تكلموا على بيع الفضولي في موضوع البيع، و تكلموا عن إجارة الفضولي في موضوع الإجارة، وتكلموا عن زواج الفضولي في موضوع النكاح، وغيرها من المواضيع في أبواب الفقه المختلفة، وبعد جمع هذه المعلومات وإعطاء فكرة عامة حولها، تجد نفسك وكأنك أمام نظرية عامة، باعتبار أنّ النتيجة المتوصل إليها واحدة وبحكم أنّ عقد الفضالة عقد موقوف يحتاج إلى الإجازة، وفي هذا الصدد تدخل جميع المسائل التي لها علاقة بالموضوع، كإجازة الفضولي، وهبته، وكرائه، وبيعه، وشرائه.
- موضوع الفضالة موضوع مهم لأنه يعد من الموضوعات التي يكاد يستقر إجماع رجال القانون المعاصرين، المهتمين بالمجال الفقهي من أنّ موضوع الفضالة غير معترف به في الفقه الإسلامي،[1] كمصدر من مصادر الالتزامات، وهذه الدراسة هي إجابة صريحة على مدى حقيقة وصدق هذه الفكرة من عدمها، حيث وقفت على وجهة نظر فقهاء الشريعة الإسلامية، كما تطرقوا لها في كتبهم ومؤلفاتهم.
- وعليه تبين لي ما يلي:

معرفة الفقه الإسلامي للفضالة، حيث عرف الفقه الإسلامي نوعين من الفضالة.

1. الفضالة الفقهية، حيث يقوم الفضولي فيها بأعمال مادية، أو تصرفات قانونية لحساب الغير، دون أن يكون ملزما بذلك، وبالتالي لا أثر لتصرفه في حق رب العمل، ويبقى تصرفه موقوفا إلا إذا أجازه هذا الأخير، ولا يشترط فيه أن يكون التدخل ضروريا أو نافعا، حيث وضع الفقه الإسلامي لهذا النوع من الفضالة، نظرية خاصة، وحظي بعناية فائقة، على خلاف القانون الذي عالج هذا النوع من الفضالة في موضوع الإثراء بلا سبب، وبيع ملك الغير، فهذه المواضيع لها أحكام خاصة بها تختلف عن أحكام الفضالة، لكن الفقه الإسلامي وعملا منه على إزالة هذا الإشكال أوقف فاعلية هذا النوع من الفضالة على إجازة المالك، فإذا أجاز هذا التصرف أو العمل أصبح نافذا، وإن رفضه أو أبطله أصبح باطلا وعليه التعويض والرد.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: مصادر الحق، مرجع سابق، ج5، ص56

- ومهما يكن من أمر فإنّ الفقه الإسلامي كان حذرا في قبوله لنظام الفضالة، فلم يجعلها مصدرا من مصادر الالتزام، إلا في أحوال ومواضع استثنائية، انطلاقا من المبدأ العام لا يحق لأحد أن يتصرف في ملك الغير بغير إذن ولا ولاية ولا وكالة، وكل تصرف مخالف لهذا المبدأ، لا يكون ملزما إلا في حالات استثنائية.
- أما القانون المدني الجزائري فقد تكلم عن هذا النوع من الفضالة في المادة 159 " تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي".

2. نظام الفضالة القانونية: حيث يقوم الفضولي بعمل مادي أو تصرف قانوني لحساب غيره، دون أن يكون ملزما بذلك، فيلزم رب العمل وينتج أثارا قانونية بشرط أن يكون تدخله ضروريا.

- شروط هذه الفضالة في الفقه الإسلامي لا تختلف عن نظيرها في القانون المدني، من حيث تدخل الفضولي في شؤون غيره، سواء كان تصرفا قانونيا أو عملا ماديا، أو قصد العمل لحساب الغير، أو أن تكون هناك ضرورة ويكون التدخل قصد تحقيق مصلحة، هذا ما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون المدني في تناولهم لبعض الشروط، حيث اشتد الخلاف والنزاع بينهم حول كل شرط من شروط الفضالة، وهذا لأهمية هذا الموضوع باعتباره يترتب عليه التزامات، فإذا ما توافرت هذه الشروط أصبحت الفضالة مصدرا من مصادر الالتزامات في الفقه الإسلامي، حيث يترتب على الفضولي ورب العمل التزامات متبادلة.
- يعتبر موضوع الإجازة من المواضيع الحساسة لما تترتب عليها نتائج وفوائد عظيمة سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني، فهي إجراء لاحق لتصرف قانوني أو تصرف شرعي تم إبرامه، في الوقت الذي يكون فيه هذا العقد مهددا بالزوال، أو إذا كان قابلا للإبطال في القانون المدني، أو مهددا بالفسخ أو الرد، أو كان غير نافذ أو غير لازم في الفقه الإسلامي، ففي كلتا الحالتين نجد أنّ الإجازة تستهدفاهما معا وذلك بأن يصبح العقد القابل للإبطال صحيحا، والعقد غير النافذ نافذا وبالتالي تعتبر الإجازة إجراء وقائي، لما قد تلعبه من دور في استقرار المعاملات، لأنّ هناك بعض التصرفات تنتج أثارا يصعب محوها أو التراجع عنها، وينجم عن عدم إجازتها المضرة والمفسدة، وتؤدي إلى

العدوان والاضطراب و إلى زعزعة المعاملات وعدم استقرارها، مما يجعل الإجارة تحسم هذه الاضطرابات.

- لم يخل أي نظام من النظم الوضعية للتعرض لموضوع الفضالة، حيث وجد موضوع هذا البحث في التشريعات والتقنينات الأولى، كالتقنيين الروماني وكذا التقـنين الفرنـسي القديم والحديث، ووجد في قوانين وأنظمة الدولة العربية، وهذا إن دل على شيء إنما

يدل على أنّ للفضالة حيوية كبيرة ودورا هاما في الحياة العملية للأفراد وا تمعـات، وإن كانت كلها قد اختلفت في بعض النقاط حسب توجهات كل نظام.

- تعتبر الفضالة نظام قائم بذاته وهي بذلك تتميز عن غيرها من الـنظم المـشا ة لهـا، كالوكالة، والكفالة، والإثراء بلا سبب.
- الفضالة ميدا ا واسع جدا، إذ تشمل كل الأعمال المادية والتصرفات القانونية، وبالتالي الفضولي يملك حرية القيام بكل أنواع التصرفات القانونية، أو الأعمال المادية، من غير التزام أو ولاية ولا إذن ولا توكيل، بشرط أن يكون القيام ا في حدود ما تـستدعيه الضرورة.
- إنّ المشرع الجزائري كان حذرا جدا حين نص على موضوع الفضالة، فبين أحكامهـا وشروطها وأركا ا، وهذا لتفادي أي نزاع أو اضطراب قد يحدث أو يحـصل بـين الأشخاص، عند تدخلهم أو قيامهم بأعمال لمصلحة غيرهم.
- نلاحظ كذلك أنّ المشرع الوضعي يسعى إلى تحقيق مبدأ العدل والإنصاف، وذلك من خلال حرصه على أنّ تنفذ التزامات الفضولي و التزامات رب العمل، بحيث لو تـوفى أحدهما، ألزم المشرع الورثة بالاستمرار في عمل مورثهم، لما يحققه من الفائدة العظيمة لاستقرار المعاملات بين أفراد ا تمع، أو الدول فيما بينها، ويستثنى من ذلك التدخلات الدولية في بعض الأقاليم باسم الشرعية الدولية، بدوافع اقتصادية وأطماع توسعية لنهب ثروا ا وليس بدافع الإعانة والإغاثة.
- إنّ المشرع الجزائري قد أحسن صنعا، حينما خصص قسما مستقلا للفضالة واعتبرهـا مصدرا عاما للالتزام، وإنّ كان يؤخذ عليه أنه وضع الفضالة تحت عنوان "شبه العقود"

ذلك الصنيع الذي لاقى انتقادا ونقاشا حادا من قبل فقهاء القـانون في التـشريعات الوضعية.

- أما بالنسبة إلى القانون المدني، فقد وجدت فيه ثغرات، ونبهت على بعضها في موضعها أثناء البحث، وتمنيت لو أنّ رجال التشريع يعيدون النظر فيها على ضوء مبادئ الفقـه الإسلامي، ومن هذه الثغرات التي وجد ا:

- إغفال المقنن الجزائري لشرط الاستعجال في العمل الذي يقوم به الفضولي، بحيـث إنّ المشرع الجزائري قد تناقض مع نفسه بخصوص هذه المسألة، مع الإشارة إلى أنّ الفقـه الإسلامي والقوانين الوضعية والتشريعات الحديثة أصـبحت اليـوم تنـادي يـشترط الاستعجال في عمل الفضولي، وأن يكون التدخل مما تستدعيه الضرورة.
- مخالفة القانون للواقع وللشريعة حينما نص على تقادم التزامات الطـرفين بمـرور 10 سنوات من علم أحدهما بحقه، وعلى هذا ينبغي تدارك هذا الخطأ، وتحديد هذه المـدة بثلاث سنوات كما فعلت جل القوانين الأخرى ولسيما القانون المدني المصري.
- ينبغي على المقنن الجزائري أيضا، أن يضيف إلى العمل الذي يقوم به الفـضولي صـفة الاستعجال والضرورة، حتى يعطي الفضالة معناها الحقيقـي، ويـضعها في مـسارها الصحيح وهذا لاستبعاد كل تدخل قد يكون ضارا، أو خارجا عن نطـاق الفـضالة، لحماية وحصانة ممتلكات الأفراد.
- قواعد الفضالة الوضعية لم تكن وليدة الظروف والحاجة كما هو الحـال في القـوانين الأوروبية، ولكنها جاءت نتيجة التقليد وسيطرة الأجنبي الذي فرض نظمه على الدول الإسلامية - وبلدنا واحد منها- فاستبدلوا الأدنى بالخير، حيث كانـت الفـضالة في القانون الروماني والفرنسي، لا تعرف إلا نطاقا ضيقا، فورث الأوروبيون هذا النظـام وادخلوا عليه نظما أخرى تتناسب وظروفهم زادت في عدم استقراره، وعلى كل فهم معذورون في ذلك، باعتبار بعدهم عن أحكام الشرع، لكن ما عذرنا نحن المسلمون في استبدال ذلك؟

- واستنادا إلى ما سبق أتمنى على رجال القضاء والقانون ورجال الحل والعقد من أصحاب القرار في بلدنا، أن يبحثوا في الفقه الإسلامي بجد، عنـدما يريـدون سـن اللـوائح والتنظيمات والقرارات، فإنّ في الفقه الإسلامي رأيا على الأقل أو أراء تشفي الغليـل، وتعطي الحلول باعتبار تعدد وتنوع المذاهب الفقهية، وانطلاقا من أنّ فقهاء الإسـلام لموا من المصادر الأصلية والأصيلة للشريعة الإسلامية وتربوا على عادا ا وتقاليدها فهم أعرف بمصالح وحال شعو م، و هم أقرب إلى تحقيق المصلحة، أحسن و أفضل لهم من

استيراد قانون شرع أساسا لغير المسلمين، يختلفون معهم في الملـة و العـادات و الميـول و الثقافات وحتى الرغبات.

- كما أتمنى من الباحثين في الفقه الإسلامي، أن يقوموا بدراسة الفقه الإسلامي لكـشف الغطاء عن بعض القضايا وفق ما يتطلبه العصر، وأن يؤدوا الأمانة الملقاة على عـاتقهم من تبيان أحكام الشريعة كما جاءت.

وعلى ضوء ما سبق ذكره، يمكن أن نقترح إضافات بعض من المواد القانونية:

1. كل تصرف في شؤون الغير، بدون إذن، أو ولاية أو توكيل، انعقد هذا التـصرف موقوفا على إجازة المالك".
2. "يعتبر السكوت إجازة أو إقرار إذا تضمن الرضا"
3. "إذا توفى من وقف العقد في حقه، انتقل حق الإجازة أو الإقرار إلى الورثة".
4. تحدد مدة تقادم الالتزامات بمدة ثلاث سنوات.
5. من قدم خدمة للغير ولم يكن متبرعا ولا ملزما بذلك فعلى من استفاد من ذلك أن يخصص له أجرا ونفقة في حدود ما استفاد منه".

6. " إذا استعمل الشخص مالا لغيره بلا إذنه ولا يملك ولاية التصرف فيه لزمه أداء قيمة منافعه".
7. " لا يسقط حق امرئ مسلم عبر الزمان".
8. " كل حكم لا يتفق مع أحكام الشرع ومبادئه وقواعده يعتبر لاغيا ولا وجود له".

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

فهرست الآيات القرآنية

اسم السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
البقرة	ولاَ تنكِحُواْ الْمُشرِكَاتِ حتى يُؤمِن ولأَمةٌ مؤمِنةٌ خير من مشرِكَةٍ ولَو أَعجبتكُم ولاَ تُنكِحُواْ الْمُشِرِكِين حتى يُؤمِنُواْ ولَعبد مؤمِن خير من مشرِكٍ ولَو أَعجبكُم.	121	153

البقره	تأْكُلُواْ أموالكم بينكم بِالْباطِلِ ولاَ الْحُكامِ لِتأْكُلُواْ فَرِيقاً وُتدلُواْ بِها إِلَى من أموالِ الناسِ بِالإِثْمِ وأَنُتم تعلَمُونَ.	188	36
البقرة	سِبِيلِ اللّهِ ولاَ ُتلْقُواْ وأَنفِقُواْ فِي ِإن ِبأَيدِيكُم إِلَى التهلُكَةِ وأَحسِنُواْ اللّه ُيحِب الْمُحسِنِين	195	82
البقرة	وأحل اللهُ الْبيع وحرم الربا .	275	81

آل عمران	فَتقَبلَها ربها ِبقُبولٍ حسنٍ وأَنبتها نباتاً حسناً وكَفلَها زكَرِيا كُلما دخلَ علَيها زكَرِيا الْمِحراب وجد عِندها رِزقاً قَالَ يا مريمُ أَنى لَكِ هذَا	37	67
آل عمران	قَالَ رب اجعل لي آيةً قَالَ آيتُك أَلا ُتكَلم الناس ثَلاَثَةَ أَياٍم ِإلا رمزا واذْكُر ربك كَثِيرا وسبح ِبالْعشِي والإِبكَار	41	186
آل عمران	ذَلِك مِن أَنباِء الْغيبِ ُنوحِيِه ِإلَيك وما كُنت لَديهِم ِإذْ ُيلْقُونَ أَقْلامهُم أَيهُم يكْفُلُ مريم وما كُنت لَديهِم ِإذْ يختصِمُونَ	44	67
آل عمران	وقَالُوا حسبُنا اللّهُ ونِعم الْوكِيلُ.	173	45
النساء	أَيها الَّذِين آمنُواْ لاَ تأْكُلُواْ أَموالَكُم يا ِبالْباطِلِ ِإلا أَن تكُونَ ِتجارةً عن بينكُم أَنفُسكُم ِإن اللّه تراضٍ منكُم ولاَ تقْتُلُواْ كَانَ ِبكُم رحِيماً	29	.55.56.81.86.87.84. .153
المائدة	يا أَيها الَّذِين آمنُوا أَوفُوا ِبالْعقُودِ أُحِلَّت لَكُم بهِيمةُ الْأَنعاِم ِإلا ما ُيتلَى علَيكُم غَير مُحِلِّي الصيدِ وأَنتم حُرُم ِإن الله يحكُمُ ما ُيرِيدُ	01	.154.81
المائدة	وتعاونُوا علَى الْبِر والتقْوى ولا تعاونُوا علَى الْإِثْمِ والْعدواِن واتقُوا الله ِإن الله	02	97.98.91.82

	شَدِيدُ الْعِقَابِ.		
المائدة	والسارِقُ والسارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيدِيهُما جزاءً بِما كَسبا نكَالاً مِن اللهِ واللهُ عزِيز حكِيم.	38	76
الأنعام	أنظر كيف نصرف الآيات لعلهم يفقهون	66	3
الأنعام	ولا تكْسِبُ كُل نفْسٍ إلا علَيها ولا تزِرُ وازِرةٌ وِزر أُخرى ثُم إِلَى ربكُم مرجِعُكُم فَينبئُكُم بِما كُنتُم فِيهِ تختلِفُونَ.	164	.88.97
التوبة	إِنما الصدقَاتُ لِلْفُقَراء والْمساكِينِ والْعامِلِين علَيها والْمؤلَفَةِ قُلُوبهم وفِي الرقَابِ والْغارِمِين وفِي سبِيلِ اللّهِ وابنِ السبِيلِ فَرِيضةً من اللّهِ واللّهُ علِيم حكِيم	60	46
هود	قَالُوا يا شُعيبُ ما نفْقَهُ كَثِيراً مِما تقُولُ وإِنا لَنراك فِينا ضعِيفاً ولَولا رهطُك لَرجمناك وما أَنت علَينا بِعزِيزٍ.	91	3
إبراهيم	وعلى اللّه فليتوكل المتوكلون	14	45
الإسراء	تُسبح لَه السماواتُ السبعُ والأَرضُ ومن فِيهِن وإِن مِن شيءٍ إِلا يسبح بِحمدِهِ ولَكِن لا تفْقَهُونَ تسبِيحهم إِنهُ كَانَ حلِيماً غَفُوراً.	44	3
الكهف	فَابعثُوا أَحدكُم بِورِقِكُم هذِهِ إِلَى الْمدِينةِ فَلْينظُر أَيها أَزكَى طَعاما فَلْيأْتِكُم بِرِزقٍ منه ولْيتلَطَّف ولَا يشعِرن بِكُم أَحدا،	19	47
النجم	وأَنْ لَيس لِلْإِنسانِ إِلا ما سعى.	39	33 هامش رقم 01

الجمعة	فَإِذَا قُضِيتِ الصلاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرضِ وابتَغُوا مِن فَضلِ اللهِ واذْكُرُوا الله كَثِيراً لَعلكُم تُفْلِحُونَ	10	81

فهرست الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
- ائت وكيلي بخيبر ليعطيك ما سألتني، ـذه العلامة.	47
- إذا سرق من الرجل متاع أو ضاع منه، فوجده بيد رجل بعينه، فهو أحق به ويرجع المشترى على البائع بالثمن".	57
- إنّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام، عليكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا".	56.89.98
- رب حامل فقه إلى من هو أفقه منه، ورب حامل فقه ليس بفقيه	4
- على اليد ما أخذت حتى تؤديه.	57
- كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه.	57
- لا تبع ما ليس عندك.	88
- لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء نذر إلا فيما تملك".	89
- لا يبع إلا فيما يملك.	95

- لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس	**153**

- المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه.	57
- من استطاع منكم أن يكون مثل صاحب فرق الأرز فليكن مثله، قالوا، ومن صاحب فرق الأرز، يا رسول اللّه؟ فذكر حديث أهل الغار.	84
- من ترك مالا أو حقا فلورثته.	.217. 218
- من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد	89
- من يرد الله به خيرا يفقه في الدين.	3
- وكل حكيم بن حزام بشراء، الأضحية ووكل عروة البارقي، فلما سأل رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم، شيئا أعطاه علامة، وقال " ائت وكيلي بخير ليعطيك ما سألتني، ذه العلامة".	47

فهرسة الأعلام

اسم العلم	الصفحة
- أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطة التميمي الكوفي:	4
- الحسن البصري.	57
- حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزي بن قصي بن كلاب أبو خالد القرشي الأسدي.	47.152.93.94.95
- سمرة بن جندب.	57
- عبد اللّه بن جعفر، بن أبي طالب بن عبد المطلب، بن هاشم الهاشم .	48
- عبد اللّه بن عمر بن الخطاب	84
- عتاب بن أسيد.	89
- عروة البارقي، بن أبي جعد البارقي.	**47.91.9.93.95.98**
- عقيلا بن أبي طالب الهاشمي.	48
- على بن أبي طالب.	48

فهرس المصادر والمراجع.

كتب التفسير:

- أبو بكر محمد بن عبد اللّه المعروف بابن العربي، متوفي 468، أحكام القرآن، تحقيق محمد البجاوي، دار الجبل، بيروت.
- أبو عبد اللّه محمد بن احمد الأنصاري، القرطبي، متوفي 761هـ، الجامع لأحكام القرآن، ط، 5، 1417هـ، 1996م.

كتب الحديث الشريف- كتبه وشروحه –

- أبو داوود، السنن، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت (د ت ط .
- أحمد بن حنبل، مسنده، مؤسسة قرطبة، مصر، حديث.
- ابن حجر العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق: عبد الله الهاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت(د ت ط ت).
- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، ط 3، دار ابن كثير بيرت، 1987م.
- البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة 1994م.
- الترمذي، السنن، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- الحاكم، المستدرك على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطـا، ط1، دار الكتـب العلمية، بيروت 1990.
- الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد الحميد السلفي، مكتبة العلوم الحكم، العراق، ط2، 1983م.
- عبد الرزاق، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأسـلمي، المكتـب الإسـلامي بـيروت، 1403هـ.
- عبد الله بن يوسف أبو محمد الزيلعي، نصب الرية، تحقيق محمـد يوسـف البنـوري، دار الحديث، مصر 1357هـ.
- محمد بن حبان، صحيح بن حبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط، مؤسـسة الرسـالة بـيروت، 1993م.

- مسلم، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

كتب اللغة والمعاجم:

- إبراهيم أنيس، عطية الصولحي، عبد الحليم المنتصر محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط.
- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا متوفى 395هـ، معجم مقياس اللغة، ت عبد السلام محمد هارون، مادة فضل، دار الجيل بيروت ط1، 1411 هـ، 1991م.
- أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، سبق ذكرهج2، ط 1316هـ، مصر.
- أحمد رضا معجم متن اللغة مادة فضالة منشورات دار مكتبة الحيل بيروت.
- ابن فارس، معجم مقياس اللغة، مطبعة عيسى الحلبي.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، الأطر يقي المتوفى (711هـ)، لسان العرب، دار الجيل، بيروت، دار لسان العرب، بيروت 1977.
- الجر جاني، علي بن محمد، بن علي الجرجاني، 816 هـ، تحقيق إبـراهيم الأبيـاري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1405هـ، التعريفات.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي متوفى 666 هـ مختار الصحاح، تحقيـق : مكتب تحقيق التراث ، إشراف محمد نعيم العرق سوسي مؤسسة الرسالة، ط:6، دار الجيـل، بيروت،
- الزبيدي، السيد محمد مرتضي الحسني (1205)، تاج العروس، من جواهر القاموس، تحقيق علي شريس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1414هـ، 1994م. دار البيان للنـشر والتوزيع البنغازي.
- الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، أساس البلاغة.
- الفيروز آبادي، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب، الشيرازي (817 هـ) القـاموس المحيط.
- الفيومي أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي(770هـ) المصباح المنير، المكتبة العـصرية، صيدا، بيروت، ط، 2، 1418 هـ، 1997 م.
- يوسف شلالة وفريد فهمي، المعجم العملي، الإسكندرية دون تاريخ.

كتب التراجم:

- ابن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، ط1، 1992، دار الجيل، بيروت، تحقيـق علي محمد البجاوي

- ابن سعد، الطبقات الكبرى، دار صادر، بيروت،

- الذهبي سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، بيرو 1413، ط 9، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، محمد نعيم العرق سوسي.

- الزركلي، الأعلام دار الملاين، بيروت، ط12، 1997

- سليمان بن احمد أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد ا يد الـ سلفي، ط2، 1404هـ 1983م، مكتبة العلوم والحكم الموصل

كتب الأصول

- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن قدامى المقدسي أبو محمد، 620 هـ، روضة الناظر، تحقيق، عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، جامعة الإمام محمد بن مسعود، الرياض، ط2، 1399هـ.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب، الدمشقي، أبو عبد اللّه 571، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق، طه، عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، 1973م.
- أبو حامد الغزالي، المستصفى، تحقيق محمد عبد السلام الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1413 هـ.
- الآميدي، علي بن محمد الآمدي، أبو الحسن، تحقيق، السيد الجميلي، دار الكتاب العربي بيروت، ط1، 1404هـ، الإحكام.
- التفتزاني، سعد الدين بن مسعود بن عمر التفتزاني، التلويح على التوضيح، طبعة محمد على صبيح،.
- الشاطبي، الموافقات، لأبي إسحاق الشاطبي 790هـ، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، دون ذكر معلومات أخرى.
- الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي، أبو عبد الله متوفى 204، الرسالة، القاهرة، 1358هـ، 1939م.
- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط9، نشر دار القلم، ص 96.

كتب الفقه

الفقه الحنفي

- ابن عابدين، محمد بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين 1225هـ، حاشية إبن عابدين، دار الفكر العربي، بيروت، ط2.
- ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم المصري، 970هـ، البحر الرائق شرح كـ الدقائق، دار المعرفة، بيروت.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي المعروف بابن الهمام فـتح القدير دار الفكر، بيروت، ط2، بدون سنة نشر.
- الزيلعي، فخر الدين بن عثمان بن علي، الزيلعي، ط1314هـ، تبيين الحقـائق، شرح كـ الدقائق.
- السرخسي أبي بكر محمد بن سهل أبي بكر السرخسي، 438 هـ ، المبـسوط ، دار المعرفة، بيروت، 1406.
- الكاساني ،علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني،م 587هـ، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982.
- المرغناني ، سليم بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني أبو الحسن توفي 593هـ، الهداية شرح بداية المبتدي، المكتبة الإسلامية، بيروت.
- محمود إسماعيل الشهير بابن قاضي سماوة 823 هـ، جامع الفصولين ج1 ص 230.القـاهرة 1300هـ

الفقه المالكي

- ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، الغرناطي، المتوفى 741 هـ، القوانين الفقهية، بدون ذكر للمعلومات.
- ابن رشد، محمد ابن أحمد بن رشيد القرطبي، متوفى 595هـ، بداية ا تهد، و اية المقتصد، دار الفكر العربي، ج2، ص 195.
- ابن القاسم، عبد الرحمان بن القاسم بن خالد العتقي المتوفى سنة 191هـ، المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس برواية سحنون- عبد السلام بن سعيد التنوخي- عن إبـن القاسم عن الإمام مالك، طبعة دار صادر.
- الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، لمختصر خليل، دارالكتب العلمية.
- الحطاب، أبي عبد اللّه بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعـروف بالحطـاب، ت 954هـ، مواهب الجليل، شرح مختصر أبي الضياء، دار الفكر، بيروت، 1938، ط2.
- الخرشي، أبي عبد اللّه محمد الخرشي، 1101 هـ، شرح الخرشي، على متن سيد خليل.
- الدردير، سيدي أحمد الدردير، أبو البركات، 1201 هـ الشرح الكبير، تحقيـق محمد عليش، دار الفكر، بيروت.
- الدسوقي، شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة، الدسوقي 1270، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق، محمد عليش، دار الفكر بيروت.
- شهاب الدين أبي العباس بن العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد اللّه الصنهاجي، المصري، الشهير بالقرطبي، 684 هـ، الفروق.
- العدوى: الشيخ علي بن أحمد العدوي، المتوفى سنة 1179هـ، حاشية العـدوي على الخرشي .
- القرافي، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن العلاء، إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي، المصري، المتوفي 684 هـ، الشهير بالقرافي، الفروق، سبق ذكره.
- القرطبي، شهاب الدين أبي العباس بن العلاء، إدريس بن عبد الرحمن، بن عبـد الله الصنهاجي المصري، 684هـ، الفروق.

الفقه الشافعي

- الرميلي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرميلـي، 1004 هـ، الشافعي، اية المحتاج، القاهرة، 1304.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، متـوفي 911 هـ، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1403.
- الشافعي، محمد بن إدريس الشافعي، أبو عبد الله، متـوفى 204 هـ، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1393.
- الشربيني، فرح محمد الشر بيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معـاني الفـاض المنهاج، دار الفكر العربي، بيروت.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، الشيرازي، 476هـ، المهذب، دار الفكر العربي، بيروت.
- النووي، أبو زكرياء محي الدين بن شرف النووي، الدمشقي، 676 هـ، ا موع، دار الفكر العربي، بيروت، ط1، 141.

الفقه الحنبلي:

- ابن تيمية، أبو البركاتعبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن تيمية 652 هـ، المحرر في الفقه، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404.
- ابن رجب: أبو الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي، متوفى سنة 790هـ، القواعد في الفقه الإسلامي، طبعة دار المعرفة، بيروت.
- ابن قدامة، أبو محمد بن عبد اللّه بن أحمد بن قدامة المقدسي 630 هـ، المغني ج.
- البهوتي، منصور بن يونس، بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ت هلال مصيلحي، مصطفى، دار الفكر، بيروت 1902م.
- أبو البركات عبد السلام بن عبد اللّه بن أبي القاسم بن تيمية 652 هـ، المحرر في الفقه، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1404.

- المرداوي علاء الدين علي بن سليمان 885 هـ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء علوم التراث العربي، بيروت،

الفقه الظاهري

- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري الأندلسي، المتوفى سنة 456.

كتب حديثة في الفقه الإسلامي

- أحمد فراج حسن، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، لبنان 2002.
- أحمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي.
- صبحي المحمصاني. فلسفة التشريع في الإسلام، دار العلم للملايين ط1946/1.
- عبد الرحمن بن محمد بن خلدون، عبد الرحمان، كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر وأيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر، المعروف بالمقدمة، دار الجبل، بيروت.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، منشورات الجلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ط2، 1998.
- عبد الرزاق حسن فرج. العقد الموقوف،
- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، ط1417/1، 1996.
- كامل موسى، أحكام المعاملات.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي، بدون طبعة وبدون تاريخ نشر.
- محمد زكي عبد البر، العقد الموقوف، ف 63.
- محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه، في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، 1998/1418.

- محمد علو شيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، شركة دار الأمة للطباعـة، والترجمـة، والنـشر، و التوزيع، ط1 . 1997.
- محمد كمال الدين، نظرية الفقه في الإسلام، المدخل المنهجي، المؤسسة الجامعية للدراسات، والنشر، والتوزيع، 1998م.
- مصطفى احمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الطبعة 1، 1998، دار القلم.
- مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، ط1985، مصر د، ت، ط،
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته

كتب القانون

- أحمد إبراهيم أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة
- أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، ط2، القاهرة، 1954.
- ادوار عيد، الوجيز في المدخل في علم القانون بيروت، ،1978 .
- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقا مـا في القـوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط:1993.
- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتـزام، المكتبـة القانونية، ط1، 2001، الإصدار الأول، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع.
- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام 1998، دار المطبوعات الجامعية، المكتبة القانونية الدار المطبوعات الجامعية
- توفيق حسن فراج، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، ونظرية العقد، منشورات جالحلبي الحقوقية، بيروت 2002 بدون تاريخ طبعة.
- توفيق حسن فرج، الإثراء بلا سبب " الكسب غير المشروع " النظرية العامة للإثراء بلا سببن الدار الجامعية، 1992.
- توفيق فرج، المدخل للعلوم القانونية.

- جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، الإثراء بلا سبب على حساب الغير كمصدر عام للالتزام، القاهرة، 1981.
- حبيب إبراهيم الخليلي، مدخل العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، ديوان المطبعات الجامعية ، ط4 ، 1993.
- رمضان أبو السعود، همام محمد محمود زهران، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، دار المطبوعات الجامعية 1997.
- زاهية سي يوسف، عقد الكفالة ن دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع المدينة الجديدة تيزي وزو 2001.
- سميح عاطف الزين ، العقود ، دار الكتب اللبناني، د، ت، ط،.
- سمير عالية، علم القانون والفقه الإسلامي، نظرية القانون والمعاملات الشرعية، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، 1996م- 1416هـ.
- سمير عبد السيد تناغو: التأمينات الشخصية والعينية.
- شربل طانيوس صابر، عقد الوكالة في التشريع والفقه والاجتهاد، دون تاريخ طبعة، ولا تاريخ نشر.
- صبحي المحمصاني النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة بيروت 1948.
- عايش رجب مجيد الكبيسي، الإثراء على حساب الغير بلا سبب في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون رسالة دكتوراه، 2001 ط1 الإصدار الأول 2001 الناشر الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان وسط البلد، ساحة الجامع الحسيني، عمارة الحجيري،.
- عبد الباقي البكري المدخل لدراسة القانون والشريعة الإسلامية النشر جامعة بغداد 1972.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1نبند 866/865 .
- عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، م س

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ط 5 /2003 الساحة المركزية، بن عكنون.
- علي فلالي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد، الديوان الوطني للمطبوعـات الجامعية،.
- محمد بن إبراهيم بن عبد اللّه الموسي، نظرية الضمان الشخصي الكفالـة، دراسة مقارنة مكتبة العبيكان، ط1، 1419هـ /1999م.
- محمد تقية: الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون المـدني الجزائـري والشريعة الإسلامية، ط1984.
- محمد الألفي، الفضالة، ديوان المطبوعات الجامعية.
- محمد حسن قاسم مبادئ القانون المدخل إلى القانون والالتزامـات، كليـة الحقوق جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر 1997.
- محمد حسنين: الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للفنـون المطبعية، ط1985.
- محمد حسنين، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مـصادر الالتزامـات و أحكامها، في القانون المدني الجزائري، ط 1983.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائـري، النظريـة العامـة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، ط 1993.
- مرقس سليمان، المدخل للعلوم القانونيـة، دار الكتـب القانونيـة مـصر المنشورات القانونية، صادر بيروت، ط6.
- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني دار الكتب القانونية شـتات مصر والمنشورات الحقوقية الصادر بيروت ط3.
- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة،.
- نبيل إبراهيم سعد، التأمينـات الشخـصية والعينيـة، منـشأة المعـارف الإسكندرية، مصر.

اللات

- سليم رستم باز، شرح ا لة- مجلة الأحكام الشرعية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط، 3، 1923.
- علي حيدر، در الحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني الكتاب الأول البيوع، دار الكتب العلمية بيروت، مج 1.
- مجلة الأحكام العدلية.
- سعاد سطحية، منهاج الشريعة، مجلة دورية علمية محكمة تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية، المقارنة، يصدرها معهد الشريعة بجامعة قسنطينة ، السنة 1، مـاي ، 1999 العدد 1.
- موسوعة الفقه الإسلامي ج2، القاهرة 1993، جمهورية مصر، وزارة الأوقـاف، ا لس الأعلى للشؤون الإسلامية.

الرسائل والبحوث

- ذهبية حامق، الفضالة في القانون المدني الجزائري مقارنا بالقوانين الأخرى بحث مقدم للحصول على الدبلوم الماجستير، في العقود والمسؤولية، إشراف: أ/ على علـى سليمان رسالة ماجستير، 1973
- عاقب عيسى، رسالة ماجستير، الكفالة في القانون المدني الجزائري، إشراف ابن عزي الأخضر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- محمد جبار، نظرية بطلان العقد في القانون المدني بحث مقـدم لنيـل درجـة الماجستير،، جامعة الجزائر سنة 1976.

القوانـين:

- القانون المدني الجزائري، وزارة العدل.
- قانون ن الأسرة الجزائري. وزارة العدل
- قانون الإجراءات المدنية. وزارة العدل

فهرست محتويات الموضوع

العنوان	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول: مدخل فقهي عام	1
تمهيد	1
المبحث الأول: شرح مصطلحات عنوان المذكرة	2
المطلب الأول : مفهوم الفقه	3
الفرع الأول: الفقه في اللغة	3
الفرع الثاني: الفقه في الاصطلاح	3
الفرع الثالث: شرح محترزات التعريف	6
المطلب الثاني: القانون المدني	8
الفرع الأول: أصل كلمة القانون، ومعناها في اللغة	8
الفرع الثاني: في الاصطلاح القانوني	10
الفرع الثالث: القانون المدني	12
المطلب الثالث: تعريف الفضالة	15
الفرع الأول: الفضولي في اللغة	15
الفرع الثاني: الفضولي في الاصطلاح	16
الفرع الثالث: مصطلح الفضالة	23
الفرع الرابع : تعريف الفضالة في القانون المدني الجزائري	24
الفرع الخامس: المقارنة بين تعريف الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	26
الخلاصة	29
المبحث الثاني: تطور الفضالة في الأنظمة الغربية والعربية، وموقف الشريعة الإسلامية منها	30
المطلب الأول: الفضالة في الشريعة الإسلامية وموقفها منها	31

خلاصة	35
المطلب الثاني: تطور الفضالة في القوانين وأنظمة الدول الغربية	36
الفرع الأول: القانون الروماني	36
الفرع الثاني،: القانون الفرنسي	38
المطلب الثالث: موقف التقنينات العربية من الفضالة	41
المبحث الثالث: المقارنة بين الفضالة وغيرها من الأنظمة المشا ة لها	44
المطلب الأول: الفضالة والوكالة	45
الفرع الأول: الوكالة في الشريعة الإسلامية	45
الفرع الثاني: الوكالة في القانون المدني الجزائري	49
الفرع الثالث: المقارنة بين الفضالة والوكالة	50
خلاصة	53
المطلب الثاني: الفضالة والإثراء	54
الفرع الأول: الإثراء بلا سبب في الشريعة الإسلامية	54
الفرع الثاني: الإثراء بلا سبب في القانون المدني الجزائري	62
الفرع الثالث: المقارنة بين الفضالة والإثراء بلا سبب	64
خلاصة	66
المطلب الثالث: الموازنة بين الفضالة والكفالة	67
الفرع الأول: الكفالة في الشريعة الإسلامية	67
خلاصة	70
الفرع الثاني: الكفالة في القانون المدني الجزائري	71
الفرع الثالث: المقارنة بين الكفالة " الضمان " في القانون بالتعريف المختار في الفقه الإسلامي	74
الفرع الرابع: المقارنة بين الكفالة و الفضالة	75
خلاصة	77
الفصل الثاني: طبيعة وحكم الفضالة بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري	78

تمهيد	78
المبحث الأول: حكم وطبيعة الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	79
المطلب الأول: حكم تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي	80
الفرع الأول: الرأي القائل بصحة تصرف الفضولي	80
الفرع الثاني: الرأي القائل ببطلان تصرف الفضولي	87
المطلب الثاني: مناقشة الأدلة ونقدها	91
الفرع الأول :الرد على القائلين بصحة تصرف الفضولي	91
الفرع الثاني: الرد على أدلة المبطلين	94
الفرع الثالث: المقارنة والقول المختار	97
المطلب الثالث: تأصيل الفضالة وطبيعتها القانونية في القانون المدني الجزائري	99
الفرع الأول: نظرية العقد	100
الفرع الثاني: نظرية الوكالة المفترضة	101
الفرع الثالث: نظرية الإرادة المنفردة والعمل النافع	101
الفرع الرابع: نظرية العمل النافع والقانون	102
الفرع الخامس: إسناد جميع الالتزامات المترتبة على الفضالة إلى القانون	102
خلاصة	103
المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في الفضولي ورب العمل في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	127
المطلب الأول: شروط الفضولي ورب العمل في الفقه الإسلامي	128
الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الفضولي	128
الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في رب العمل	129
المطلب الثاني: أهلية الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري	130
الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الفضولي في القانون المدني الجزائري	130

الفرع الثاني: شروط رب العمل، صاحب الشأن في القانون المدني	132
خلاصة عامة	133
المبحث الثالث: أركان الفضالة في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني الجزائري	104
المطلب الأول: أركان الفضالة في الفقه الإسلامي	105
الفرع الأول: نطاق تصرفات الفضولي أو أعماله	106
الفرع الثاني: تحقق صفة الغيرية	
الفرع الثالث: أن يكون التدخل نافعا وللضرورة	110
المطلب الثاني: أركان الفضالة في القانون المدني الجزائري	114
الفرع الأول: الركن المادي	115
الفرع الثاني: الركن المعنوي	117
الفرع الثالث: الركن القانوني	119
الفرع الرابع: أن يكون العمل الذي قام به الفضولي لصالح رب العمل نافعا أو ضروريا أو مستعجلا	122
مقارنة	123
الفصل الثالث:آثار الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	135
تمهيد	135
المبحث الثالث: العقد وتميزه بين التصرف وبين الالتزام	136
المطلب الأول : العقد	137
الفرع الأول: العقد في اللغة	137
الفرع الثاني: العقد في الشرع	138
الفرع الثالث: العقد في القانون	139
الفرع الرابع: المقارنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي والتعريف القانوني	140
المطلب الثاني: التصرف	141

الفرع الأول: مفهومه	141
الفرع الثاني: نوعا التصرف	142
الفرع الثالث: المقارنة بين العقد والتصرف	142
المطلب الثالث: الالتزام	143
الفرع الأول: تعريفه في الفقه الإسلامي	143
الفرع الثاني: الالتزام في القانون	144
الفرع الثالث: الفرق بين العقد والالتزام	145
خلاصة عامة	145
المبحث الثاني: أقسام العقد	146
المطلب الأول: أقسام العقد عند الحنفية وتمييز البطلان من الفساد وأدلتهم	147
الفرع الأول: أقسام العقد عند الحنفية	147
الفرع الثاني: التمييز بين البطلان والفساد في المذهب الحنفي	150
الفرع الثالث: الأدلة	150
المطلب الثاني: أقسام العقد عند الجمهور وأدلتهم	152
الفرع الأول: أقسام العقد عند الجمهور	152
الفرع الثاني: أدلة الجمهور في عدم التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد	152
الفرع الثالث: أقسام العقد الصحيح	154
المطلب الثالث: تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان في القانون المدني الجزائري	156
الفرع الأول: العقد الصحيح	156
الفرع الثاني: العقد الباطل	157
الفرع الثالث: الحالات التي يكون فيها العقد باطلا وقابلا للإبطال	160
المطلب الرابع: مناظرة الفقه الإسلامي بالقانون المدني في تقسيم العقد من حيث الصحة والبطلان	161

المبحث الثالث: الإجازة	166
المطلب الأول: مفهوم الإجازة	167
الفرع الأول: تعريف الإجازة	167
الفرع الثاني: صاحب الحق في الإجازة	169
المطلب الثاني: خصائص الإجازة والفرق بينها وبين مصطلحات الإقرار والإذن	171
الفرع الأول: خصائص الإجازة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	171
الفرع الثاني: أهم الفروق بين الإجازة وبعض المصطلحات كالإذن والإقرار	172
المطلب الثالث: شروط صحة إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	174
الفرع الأول: شروط صحة إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي	174
الفرع الثاني: شروط إجازة تصرف الفضولي في القانون المدني الجزائري	179
المبحث الرابع: التعبير عن الإجازة ومحققاتا في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	182
المطلب الأول: محققات الإجازة في الفقه الإسلامي	183
الفرع الأول: الإجازة الصريحة	183
الفرع الثاني: الإجازة الضمنية	186
المطلب الثاني: محققات الإجازة في القانون المدني الجزائري	188
الفرع الأول: التعبير الصريح	189
الفرع الثاني: التعبير الضمني عن الإرادة في القانون المدني الجزائري	190
المطلب الثالث: الإجازة المفترضة أو المقدرة	192
الفرع الأول:	192
المقارنة بين الشريعة والقانون	193
المطلب الرابع: آثار إجازة تصرف الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون	194

المدني الجزائري	
الفرع الأول: آثارها في الفقه الإسلامي	194
الفرع الثاني: آثارها في القانون المدني الجزائري	197
مقارنة	199
الفصل الرابع: بعض أحكام الفضالة	200
تمهيد	200
المبحث الأول: فسخ عقد الفضالة في الفقه الإسلامي	201
المطلب الأول:فسخ عقد الفضالة في الفقه الإسلامي	202
الفرع الأول: فسخ عقد الفضالة من طرف المتعاقد مع الفضولي	202
الفرع الثاني: فسخ عقد الفضالة من طرف الفضولي	203
الفرع الثالث: الفسخ من المالك الأصلي	205
المطلب الثاني: آثار الفسخ	207
الفرع الأول: الضمانات الممنوحة للمالك للرجوع بملكه وفي المطالبة بالتعويضات	207
الفرع الثاني : الضمانات التي أعطاها الفقه الإسلامي للمشتري من الفضولي في حالة فسخ المالك للعقد	210
الفرع الثالث: الضمانات التي يمنحها القانون المدني للفضولي لحصوله على كل حقوقه	212
استنتاج	213
المبحث الثاني: أجرة الفضولي وآثار موت الفضولي ورب العمل على عقد الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	214
المطلب الأول: موت الفضولي ورب العمل في الفقه الإسلامي	215
الفرع الأول: موت الفضولي في الفقه الإسلامي	215
الفرع الثاني: موت رب العمل في الفقه الإسلامي	216
المطلب الثاني: موت الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري	218
الفرع الأول: موت الفضولي في القانون المدني الجزائري	219

الفرع الثاني: موت رب العمل في القانون المدني	219
خلاصة	220
المطلب الثالث: أجرة الفضولي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	221
الفرع الأول: أجرة الفضولي في الفقه الإسلامي	221
الفرع الثاني: أجرة الفضولي في القانون المدني الجزائري	222
المبحث الثالث: التزامات الفضولي ورب العمل وتقادم التزاماتهم في الفقه الإسلامي والقانون المدني	224
المطلب الثالث: انقضاء الالتزامات الناشئة عن الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري	224
المطلب الأول : التزامات الفضولي	225
الفرع الأول: التزام الفضولي بالمضي في العمل الذي باشره حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه	225
الفرع الثاني : التزام الفضولي بإخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك	227
الفرع الثالث: التزام الفضولي ببذل عناية الشخص العادي	227
الفرع الرابع: التزام الفضولي بتقديم حساب لرب العمل وبرد ما تسلمه بسبب الفضالة	228
خلاصة عامة	229
المطلب الثاني: التزامات رب العمل	229
الفرع الأول: التزام رب العمل بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه وباسم رب العمل	230
الفرع الثاني: التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما عقده من تعهدات باسمه شخصيا	231
الفرع الثالث: التزام رب العمل برد المصروفات الضرورية أو النافعة لفضولي	231

الفرع الرابع: التزام رب العمل بتعويض الفضولي عما لحقه من ضرر	232
المطلب الثالث: انقضاء الالتزامات الناشئة عن الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني	233
الفرع الأول: تقادم المدة في الفقه الإسلامي	233
الفرع الثاني: تقادم التزامات الفضولي ورب العمل في القانون المدني الجزائري	235
خلاصة	236
الخاتمة	238
الفهارس	243
فهرست الآيات القرآنية	244
فهرست الأحاديث النبوية	248
فهرست الأعلام	250
فهرست المصادر والمراجع	251
فهرست محتويات البحث	264

المقدمة

المقدمة:

إنّ الحمد للّه، نحمده تعالى ونستعينه ونستغفره، ونعوذ باللّه من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده اللّه فلا مضلّ له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أنّ لا إله الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمدا عبد اللّه ورسوله، أرسله بشيرا ونذيرا، وداعيا إلى اللّه بإذنه وسراجا منيرا، وبعد:

إنّ الإنسان منذ أن خلقه اللّه وأنزله إلى الأرض يحمل معه غريزة التملك وحيازة الأشياء، فهي غريزة باقية ما بقي الإنسان ومستمرة ما استمر الصراع بين الحق والباطل، وبين الخير والشر، وقد اعترف الإسلام ـذه الغريزة وأنّ أي محاولة لتجريد الإنسان منها، هي محاولة فاشلة، ولأجل هذا أباح الإسلام الملكية الفردية، ووضع لها ضوابط واشترط لها الأسباب الشرعية التي تجعل ملكية وحيازة الفرد للأشياء حلالا مبرورا، كما وضع أسباب أخرى تجعل من تملكه تملكا محظورا، كتحريم الغش، وأكل أموال الناس بالباطل والتعدي على ملك الغير وحقوقهم بغير وجه حق، لقوله تعالى: **يا أيها الذِين آمنوا لا تأكُلُوا أموالَكُم بينكُم بِالْباطِل إِلا أنْ تكُونَ تِجارةً عن تراضٍ مِنكُم ولا تقْتلُوا أنفُسكُم إِن الله كَانَ بِكُم رحِيماً** .[1]

إنّ الإسلام قرر الملكية الخاصة وصا ا، حيث جعل للمالك حق التصرف في ملكه دون معارضة أو إحراج من أحد، وعلى غيره أن يحترمه ويحترم حريته، وأن لا يغصب ملكه منه، ولا يحق له التدخل في شؤونه إلا بموافقة المالك الأصلي، أعتقد أنّ هذه من الأمور المتفق عليها في الحياة العملية.

وكما يوجد في ا تمع الإنساني الصادق، والمحب للخير، والمساعد للغير، والطالب للحق، والعامل عليه، وحسن النية، يوجد كذلك أصحاب النفوس الشريرة من السارق والغاصب، والظالم، والمعتدي، وسيئ النية.

انطلاقا من هذا الوضع سن الإسلام تشريعات و أحكاما تتمثل في أوامر ونواه، فالأوامر كأمره بالتعاون والتكافل، ودفع الضرر، وجلب المصالح، والأمر بالمعروف، والمحافظة على المال الذي هو من ضمن الضروريات التي أمرنا بالمحافظة عليها، أما النواهي فتتمثل في النهي عن

1. سورة النساء، آية رقم 29.

المقدمة

~~المنكر والانتهاء منه، والنهي عن الظلم، وعن التدخل في أموال الناس لغير ضرورة ولا لحاجة~~ تستدعي ذلك، فهو بهذه الإجراءات يهدف إلى حماية الإنسان، وممتلكاته من بطش الباطشين، وحرصا منه كذلك على إقامة العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، وكذا إنصاف المظلوم عن طريق تقرير الأسباب العادلة، والنهي عن الأسباب الفاسدة.

هذا، وإنّ المتأمل في شرع اللّه والباحث في نصوص الفقه الإسلامي، لا يمكنه أن ينكر دور الفقه الإسلامي وأهميته القصوى في حياة الناس، وذلك لما احتواه من أحكام وقواعد وتوجيهات تمثل بحق، أفضل الحلول العملية لسائر المهمات البشرية، انطلاقا من نصوص أدلته، وقواعده المنظمة والناظمة لتعاملات ومعاملات الأشخاص بعضهم بعضا.

لقد تكفل كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ببيان قواعد وضوابط وحدود لا يجوز للمتعاقدين على العقود والمعاملات تجاوزها، فبين الفقه الإسلامي ما هو محظور، وما هو مباح، انطلاقا من قاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، و كذلك نجد القانون المدني الجزائري بين ما يصح وما لا يصح انطلاقا من تنظيمه لشؤون وعلاقات الناس فيما بينهم، و تصرف الفضولي أو عقد الفضالة بصفة خاصة يمثل أحد هاته العقود، التي تنشئ علاقات وروابط بين الأفراد وحتى في المجتمعات مما يوطد الثقة بينهم، ومن خلالها يحصل مبدأ التعاون والمساعدة، والتكافل بين البشر، وتحقيق المصلحة المأمور تحصيلها، لقوله تعالى: **وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان** .[1]

ولما كانت حياة الإنسان مليئة بالنشاط والحيوية، تطورت هذه الحياة وتعقدت أكثر، وعسرت وسائل العيش فيها، مما تحتم على البعض مغادرة البلد والوطن وترك المال والولد، وهذا عن طريق الهجرة للحصول على لقمة العيش أو سعيا وراء تحصيل العلم والمعرفة، أو نتيجة ظروف أخرى، فتركوا متاعهم و أموالهم وأولادهم، وكذا ما قد تسببه في بعض الأحيان الوقائع الطبيعية كالزلازل والبراكين، والأعاصير والحرائق، والتي لا دخل للإنسان فيها، وما تستدعيه من تدخلات عاجلة، وبالتالي تفرض على الأشخاص وحتى المجتمعات القيام بأعمال التكافل والتعاون والمساعدة في التدخل قصد إسداء منفعة معينة لهؤلاء الضحايا، وفي الالتزامات الناشئة، عن علاقات الجوار، وهذه الأعمال التي يقوم بها الإنسان إما تصرفات قانونية أو أعمال مادية.

---

[1] .سورة المائدة، آية رقم 02.

المقدمة

~~وانطلاقا من عاطفة الإيثار والفضول التي تسود الأفراد وحتى ا تمعات وخوفا من ضياع~~ هذه الأموال، يحدث أن يتدخل الأخ أو القريب أو الصديق في ملك غيره لصيانتها أو حفظها كترميم جدران دار آيل للسقوط، أو سقي محصول يكاد يتلف، أو يهلك من شدة الجفاف، وغيرها من الأمور التي تستدعي التدخل، ولهذا باتت الحاجة ماسة للتعاون بين الناس والتآزر والتكافل بينهم، وغيرها من أعمال البر والإحسان التي أمر ا الدين الحنيف، فهو بتدخله هذا محسن قام بواجبه، نحو أخيه وهو يستحق التشجيع والشكر، والثناء عليه.

إنّ تصرفات الناس التي نشاهدها كل يوم من تقديم المساعدات والمؤونة كلما دعت الحاجة إلى ذلك، و ما تقوم به الدول والحكومات من حملات الإنقاذ والدعم في الكوارث الكبرى أوقات الزلازل والحرائق وغيرها، والتي يقوم فيها الإنسان بدافع التفضل والإيثار على غيره كلما حلت حادثة أو كلما وقعت مصيبة، هي في حقيقة الأمر أعمال فضالة، و أعمال نافعة، يقدمها الإنسان لأخيه الإنسان، بدافع الفضول وعاطفة الإيثار التي تسود بينهم.

وإذا كان نظام الفضالة قديما قدم البشرية، حيث وجد منذ أن وجدت البشرية، فقد عالجه الإسلام في إطار النظريات والقواعد الكلية، بحيث تعرضت له النصوص الشرعية، واستقر اليوم في مختلف القوانين الحديثة، مثل القانون المدني الجزائري، الذي اهتم بتنظيم علاقات وتصرفات الأشخاص فيما بينهم ولا سيما في جانب المعاملات وكذا العقود، وعلى وجه الخصوص الأحكام المتعلقة بالفضالة لما لها من أهمية قصوى.

أهمية الموضوع

إنّ الفضالة وما تعلق ا من أحكام وضوابط وشروط. تؤدي وظيفة عظيمة وغاية كبرى ومصلحة عامة وفي كل المعاملات دون استثناء، انطلاقا من مبدأ العدل والأخلاق الفاضلة وما تمليه الشريعة الإسلامية من ضوابط وما ترسمه من حدود بحيث لا يتدخل الأشخاص في ملك غيرهم إلا للضرورة، أو للمصلحة وبالتالي يلتزم من تدخل بدافع الإيثار والفضول ذه الالتزامات.

أسباب اختيار الموضوع:

المقدمة

هناك أسباب كثيرة عامة، وخاصة دعتني لاختياره منها:

- موضوع الالتزامات بصفة عامة موضوع هام، انطلاقا مما نشاهده اليوم من كثرة الملفات المقدمة للمحاكم جراء المنازعات والمخالفات والخلافات التي تقع بين الأفراد وحتى ا تمعات والتي تسببها تدخلا م العشوائية أو حتـى المسـؤولة منها، في التصـرف في أمـلاك غـيرهم، لا الضرورة تستدعي هذه التدخلات، ولا أنهم يملكون لا الإذن، ولا ولاية التصرف، ويعتبر هذا البحث إجابة على مثل هذه التصرفات والسلوكيات.

- وجود الغموض واللبس الذي جاء في القانون المدني الجزائري و الثغرات الموجودة فيه، حينما قلد القوانين الغربية وابتعد عن روح الشريعة وقواعدها المحكمة، وفي هذا البحث تسليط الضوء على تلك الأفكار الرنانة التي جاءت ا القوانين الوضعية في الصياغة الفنية والتي قد تخلو منها كتب الفقه الإسلامي، زيادة على بعد المقنن عن مبادئ أو أحكام الشريعة الإسلامية سواء بتجاهلها أو لعدم معرفته ا، انطلاقا من أنّ المشرع الجزائري قلد المشرع الفرنسي في تصنيف هذا النظام، ووضعه تحت خانة شبه العقود.

- إحياء التراث الفقهي الكبير من خلال بعث ما في بطون الكتب الفقهية والمتون الكبيرة المكدسة في المصنفات والمكتبات المزخرفة وهذا من خلال إدخالها وإخضاعها لمخابر العلم والتحليل والشرح والمناقشة للاستفادة منها ولإثراء مكتبات البلاد الإسلامية بالبحوث والرسائل العلمية، لهذا رأيت من الضروري أن أهتم في هذا ا ال العظيم بإفراد بحث خاص بالفضالة، أجمع فيه ما ورد من أراء فقهاء الفقه الإسلامي، وأعرضه عرضا يتناسب وتطور البحث العلمي الأكاديمي.

- إنّ الشريعة تكتسي أهمية علمية بالغة، فالبحث فيها خصب باعتبارها صالحة لكل زمان ومكان، وقد شهدت المؤتمرات العلمية والندوات الفكرية والملتقيات الدولية بفضلها وصلاحيا ا، وأ ا قابلة للتطور ومستقلة عن غيرها من الشرائع، ليس لها شريك يضاهيها في الكمال، لقوله تعالى: **صبغة اللّه ومن أحسن من اللّه صبغة ونحن له عابدون**[1] وكذا لقوله تعالى: **ومن يبتغ غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو** في **الآخرة من الخاسرين** .[2]

---

[1]. سورة البقرة، أية رقم 138

[2]. سورة آل عمران، أية رقم 75.

المقدمة

- ومن هذا المقام أود التنبيه على شيء أن المقارنة لم تكن بقصد المفاضلة بين الفقه والقانون ولاسيما في الأصول فإ ا مختلفة فيهما تماما ولا وجه لذلك، فهي ليست للمفاضلة أو المقاربة بين الشريعة والقانون لأن هذا الأخير ليس بكفء للشريعة ولا للفقه باعتبار أن الأول من وحي الله تعالى، والثاني من وضع البشر الذي يحمل النقص والخطأ والصواب والنسيان، وهدفنا هو بيان حاجة البشر إلى التشريع الإسلامي.

" فالإسلام يقدم العالم نموذجا من النظام المتكامل لا يوجد مثله أبدا، وهو لا يحاول ولم يحاول أن يقلد نظاما من النظم التي قبله أو المعاصرة له بل نشأ مستقلا وكاملا وقد ارتضاه عز وجل دينا لعباده، وأكمله لهم و أتم به نعمته عليهم إذن فلا نحاول اصطناع التقريب بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي ". [1]

- إنّ الدراسات الحديثة اليوم تقوم على المقارنة والموازنة والنقد والتحليل وهذا حتى يعرف مزايا وعيوب نظام على آخر، وللتأكيد على أنه مهما تفنن البشر وأبدعوا سوف لن يبلغوا ما بلغته أحكام الشريعة الإسلامية وتبقى هذه الأفكار والإبداعات مجرد آراء لا ضامن لها على المستوى العملي في تطبيقها، مما نجم عنه قصور في الفكر البشري على إعطاء حلول وإجابات كافية للمنازعات والاضطرابات التي تقع بين الناس، ولعل في هذه الدراسة ما يوضح هذا الإشكال.

- موضوع الفضالة مفيد من الناحية العملية في درء المفسدة وجلب المصلحة للأفراد وا تمعات وهذا من خلال تبيان ضوابطها وحدودها، حتى لا يقع الناس في المحظور والابتعاد عن الشبهات قدر المستطاع، انطلاقا من مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولا شك أن عقد الفضالة يتضمن هذا المبدأ.

- كون الفضالة نظاما غريبا يلتزم فيه أطراف ثلاثة دون اتفاق أو عقد بينهم، و كذا مدى اهتمام الفقه والقانون بالعمل الإيثاري الذي يقوم به الفضولي، حيث رتب كل من الفقه والقانون التزامات ووضعت ضمانات لكل واحد منها، وهذا ما أريد أن أوضحه في هذه الدراسة من خلال تحديد نطاق تدخل الفضولي أو مجال الفضالة بصفة عامة، ولحماية الأفراد ضد التدخلات الغير المسؤولة والغير المناسبة في شؤو م بصفة خاصة، ولما قد تسببه هذه

---

[1]. عليش محمد الكبيسي، الإثراء على حساب الغير بلا سبب بين الشريعة والقانون الوضعي ، الناشر الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ، مطبعة الأرز ص 12 المكتبة القانونية.

المقدمة

~~التدخلات من نتائج و أثار لا يحمد عقباها، هذا من جانب، ومن جانب آخر حماية هؤلاء~~
الأشخاص الفضوليين المتدخلين بدافع إيثاري لتأدية خدمة للغير، حيث رتب عليهم الفقه الإسلامي والقانون المدني التزامات تقع على عاتق كل منهم لإرضائهم أولا ولحمايتهم ولأموالهم ثانيا، من أي ضرر يلحق م.

- الفضالة أصبحت نظاما مستقلا وقائما بذاته له شروطه وأركانه، مما يستدعي الغوص والبحث في ثناياه.

- ستكون دراستي للفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة السنية، أما في القانون المدني الوضعي فقد اقتصرت على دراسة أحكام هذا الموضوع في القانون المدني الجزائري.

- انطلاقا من الدستور الذي يقر في مادته الثانية أنّ الإسلام دين الدولة وأن التشريع من مصادر القانون المدني، وبالتالي هذا الوضع حجة على كل قاعدة مخالفة للشريعة، بحيث ما كان في هذا الإطار أو في هذا المعنى وجب إلغاؤه، وبالتالي ينبغي أن تكون قواعد القانون المدني مطابقة للشريعة الإسلامية ولأحكام الفقه الإسلامي.

- وموضوع هذا البحث لم تتعرض له الدراسات الأكاديمية ولم يكتب فيه من جميع جوانبه بغض النظر عن بعض الكتابات لبعض الباحثين الذين تناولوه في أجزاء ومباحث متفرقة.

الدراسات السابقة

لم أدخر أي جهد في البحث عن ثنايا هذا الموضوع، و البحث عن الدراسات التي سبقته حيث عثرت على رسالة بعنوان الفضالة في القانون المدني والنظم القانونية الوضعية الأخرى، من تأليف الباحثة ذهبية حامق وهي رسالة ماجستير سنة 1977 من جامعة الجزائر وقد وقفت على هذه الرسالة، حيث إنّ الباحثة في هذا الموضوع تناولته من جانبه القانوني الوضعي البحث في المقارنة بين النظم الوضعية بخصوص الفضالة، حيث بدت لدي الفرصة مواتية للتطرق إلى الجانب الشرعي والفقهي في هذه الدراسة مستغلا ما ورثه الفقهاء من ثروة متمثلة في وفرة وكثرة الكتب، وكذا أراء الفقهاء الدقيقة، لأضيف هذا الجانب الهام حتى يعطى لهذا الموضوع حقه من الدراسة من جهة ومن جهة أخرى تحقيقا لمبدأ الاستمرار في البحوث، ودراستها دراسة أكاديمية.

المقدمة

~~كتاب الفضالة للدكتور: محمد جبير الألفي، وكان أصل هذه الدراسة كتب باللغة الفرنسية~~ وقدم إلى جامعة باريس رقم 1، السربون للحصول على درجة دكتوراه دولة في القانون المدني بتاريخ 5 يوليه 1973، وبعد المناقشة والمداولة قررت اللجنة بالإجماع منح مقدم الرسالة درجة الدكتوراه دولة في القانون بتقدير امتياز مع حجز الرسالة لجائزة أحسن الرسائل، ثم ترجمتها إلى العربية " لأهميتها.

حيث تناولت هذه الدراسة فكرة الفضالة وآثارها بين الفقه الإسلامي وكذا قوانين الشرق الأوسط، و هذه الدراسة اعتمدت عليها وجعلتها منطلق بحثي هذا، خاصة في الجانب الشرعي الفقهي أما فيما يخص الجانب القانوني فقد اعتمدت على كتب فقهاء وشراح القانون المدني.

بالإضافة إلى بحث بعنوان " الفضالة " بين الشريعة والقانون، حيث نشر هذا البحث في مجلة مناج الشريعة الإسلامية، وهي مجلة عملية دورية تصدرها جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية.

ولهذا رأيت أن أجعل من هذه المصادر الركيزة الأساسية والمنطلق لدراسة ما كتب هنا وهناك لإكمال صورة هذا البحث والخروج بالفائدة الجليلة والعظيمة التي ترجع على الجميع، في مثل هذه المواضيع الحساسة، والتي تفرض نفسها بقوة في معاملات الناس، وتصرفا م اليومية، ولهذا ارتأيت البحث فيه ومواصلة الدرب على ما تقدم بشيء من التعمق والتفصيل، وهذا حتى يخرج هذا البحث في صورة كاملة إن شاء اللّه وفق النمط والشكل الأكاديمي المطلوب لدراسة الرسائل والبحوث العلمية.

منهج البحث:

تتبعت في بحثي موضوع الفضالة وأحكامها من خلال مصادر التشريع الإسلامي، والقانون المدني الجزائري، مراعيا أسلوب التحليل والنقد والمقارنة فجاء منهجي استقرائيا وتحليليا ومقارنا.

الطريقة المتبعة في البحث:

لعل المنهج الأنسب في مثل هذه البحوث، هو التحري والاستقراء – ما استطعت- في أمهات كتب الفقه في المذاهب الأربعة المذكورة، حيث أقوم بجمع أراء الفقهاء، وأرتبها وأقارن بينها، وأرجح من خلالها ما يمكن ترجيحه، ثم البحث في كتب فقهاء القانون المدني وشراحه،

~~ثم الإسقاط والموازنة بين هذا الرأي وأحكام الفقه الإسلامي، من ناحية الفقه والقانون ثم~~ بينهما.

- التزام المنهجية العلمية المتبعة أكاديميا من خلال عزو الآيات وتخريج الأحاديث والآثار، والترجمة للأعلام.
- ثم وضعت خاتمة تشمل على أهم النتائج وخلاصة بحثي.
- الموازنة بين الفقه والقانون بشأن المصطلحات وكذا التعريف ا.
- وفي الأخير وضعت فهرسة علمية فنية تشمل الآيات والأحاديث والأعلام، والمصادر والمراجع التي اعتمدت عليها، وبعده فهرسة تشمل محتويات البحث.

الصعوبات:

- ولعل صعوبة البحث في هذا الموضوع تجعل الباحث أولا يدقق النظر مرات ومرات في اختيار مثل هذه المواضيع للبحث والكتابة فيها لتناوله بشكل مدقق وموسع، ومن هذه الصعوبات أذكر:
- أن مسائل هذا البحث منتشرة ومتفرقة ومبعثرة في متون الكتب الفقهية، لذلك لا بد للباحث أن يرجع إلى تصفح جزئيات هذا البحث في الكتب الفقهية وما أكثرها.
- أما فيما يخص كتب القانون نجدها قليلة وذلك من خلال تناول شراح القانون المدني الجزائري في كتابا م لأحكام هذا الموضوع بصفة عامة، وهذا أثناء حديثهم عن مصادر الالتزام، ولم يفردوا لهذا الموضوع دراسات خاصة به، وهي قليلة في هذا ا ال، عكس فقهاء القانون المدني المصري، الذي نجد فيه مادة غزيرة وكثيرة تتناول أحكام هذا الموضوع.

الإشكالية:

من خلال التعرض للأسباب السابقة الذكر ارتأيت أن أتعرض، لموضوع أحكام الفضالة، وهذا انطلاقا من الإجابة على الاستفسارات والتساؤلات التالية:

- ما هي الفضالة، وكيف تطور هذا النظام في القوانين الوضعية، وما موقف الشريعة الإسلامية منها؟

- هل تعتبر الفضالة مصدرا من مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري ؟
- ما آثار الفضالة في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري؟
- ما مدى قابلية رب العمل لتصرف الفضولي وما نتائج ذلك؟.
- ما هي التزامات الفضولي ورب العمل التي رتبهما عليهما الفقه والقانون ؟ وما هي أثار ذلك التصرف، في حال رفض أو رد تصرف الفضولي من قبل المالك الأصلي؟ ما هي الضمانات المقدمة لهما في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري؟- هل الفضولي متبرع أم أجير يستحق الأجر ؟ وكيف تنقضي وتنتهي الفضالة في الفقه والقانون؟
- أسئلة جوهرية وأخرى ثانوية نود الكشف عنها من خلال هذا البحث.

الخطة

ولكي يكون بحثي هذا موافقا وشاملا لجزئيات الموضوع، وإجابة عن هذه الإشكاليات والتساؤلات فقد قمت بتقسيم البحث إلى أربعة فصول حسب تسلسل منطقي أولهما في تعريف المصطلحات الواردة في عنوان المذكرة، ثم الفصل الثاني في حكم وطبيعة الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، وتناولت في الفصل الثالث، أثار الفضالة، أما الفصل الرابع والأخير فخصصته لبعض أحكام الفضالة، ثم خاتمة ضمنتها نتائج البحث بصورة موجزة، فجاءت خطة البحث على النحو التالي:

المقدمة

الفصل الأول: مدخل تمهيدي عام

المبحث الأول: شرح المصطلحات الواردة في عنوان المذكرة.

المبحث الثاني: التطور التاريخي للفضالة.

المبحث الثالث: التفرقة بين الفضالة وغيرها من المصطلحات.

أو الأنظمة المشا ة لها مثل الوكالة والإثراء بلا سبب والكفالة.

الفصل الثاني: طبيعة وحكم الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المبحث الأول: طبيعة الفضالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: الشروط الواجب توافرها في الفضولي، ورب العمل، بين الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري.

المبحث الثالث: أركان الفضالة في الفقه الإسلامي، والقانون المدني الجزائري.

الفصل الثالث: آثار الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

المبحث الأول: العقد وتميزه عن التصرف والالتزام.

المبحث الثاني: أقسام العقد.

المبحث الثالث: الإجازة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

المبحث الرابع: التعبير عن الإجازة ومحققا ا بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

الفصل الرابع: بعض أحكام الفضالة

المبحث الأول: فسخ عقد الفضالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الثاني: أجرة الفضولي و أثار موت الفضولي ورب العمل على عقد الفضالة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني.

المبحث الثالث: التزامات الفضولي ورب العمل في عقد الفضالة، وتقادم التزاما م